DIE KLAGE AUF HERSTELLUNG DES EHELICHEN LEBENS

INAUGURALDISSERTATION

DER JURISTISCHEN FAKULTÄT DER K. EBERHARD-KARLS-UNIVERSITÄT TÜBINGEN ZUR ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE VORGELEGT

VON

GEORG GAUSS
REFERENDAR

STUTTGART
DRUCK VON W. KOHLHAMMER
1910

DIE KLAGE AUF HERSTELLUNG DES EHELICHEN LEBENS

INAUGURALDISSERTATION

DER JURISTISCHEN FAKULTÄT DER K. EBERHARD-KARLS-UNIVERSITÄT TÜBINGEN ZUR ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE VORGELEGT

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

VON

GEORG GAUSS
REFERENDAR

STUTTGART
DRUCK VON W. KOHLHAMMER
1910

GENEHMIGT AUF ANTRAG DES REFERENTEN
PROF. DR. S. RIETSCHEL
AM 17. NOVEMBER 1910

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Kapitel: Die Entwicklung der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens.

§ 1. Einleitung. Fragestellung 1
§ 2. Geschichtliche Entwicklung 2

II. Kapitel: Das geltende Recht.

§ 3. Die Grundlagen der Klage 8
A. § 4. Die Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft und die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens im allgemeinen 11
§ 5. Die Rechtspflicht der Ehegemeinschaft in der Rechtsprechung . 22
§ 6. Die Rechtsprechung zur Herstellungsklage im besonderen . . 24
B. § 7. Die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens im einzelnen . 29
§ 8. Die Klage auf Grund des Entscheidungsrechts des Ehemanns nach § 1354 BGB. 30
§ 9. Die Klage auf Namensführung: § 1355 BGB. 35
§ 10. Die Klage auf Hausleitung und Haushaltsarbeit: § 1356 BGB. . 41
§ 11. Die Herstellungsklage bei der Schlüsselgewalt: § 1357 BGB. . 44
§ 12. Die Herstellungsklage im Falle persönlicher Dienstleistungen der Frau: § 1358 BGB. 48
§ 13. Die Klage auf Unterhalt: §§ 1360, 1361 BGB. 51

III. Kapitel:

§ 14. Der Zwang im Herstellungsrecht 62
§ 15. Die Bedeutung der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens 64

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547023_0013

Literatur-Verzeichnis.

I. Materialien zum BGB.

E. I. = der von der ersten Kommission ausgearbeitete Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs.
BRV. = Entwurf eines BGB. In der Fassung der Bundesratsvorlage. Berlin 1898.
Mot. IV. = Motive zum Entwurf eines BGB. 1888, Band IV.
Prot. IV. = Protokolle der Kommission für die zweite Lesung, Band IV.
KB. = Bericht der Reichstagskommission 1896.
StenB. = Stenographischer Bericht des Reichstags 1896.

II. Lehrbücher und Kommentare zum bürgerlichen Gesetzbuch.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II. Band, 8./9. Aufl. 1908.
Dernburg, Deutsches Familienrecht, Halle 1903.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts IV. Tübingen 1908.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts II. 4. Aufl. Jena 1904.
Matthiass, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts II. 4. Aufl. Berlin 1900.
Müller und Meikel, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches, 2. Aufl. München 1904.
Staudinger, Kommentar zum BGB. IV., I. Teil. 5./6. Aufl. 1909. (Engelmann).
Planck, Kommentar zum BGB. IV. 3. Aufl. 1906.
Biermann, Kommentar zum BGB. IV. 1906 (Opet).
Hölder, Kommentar zum BGB. IV. 1. Abschnitt 1907 (Schmidt).
Neumann, Handausgabe des BGB. II. 3. Aufl. 1903.
Kuhlenbeck, Das BGB. für das Deutsche Reich. II. 2. Aufl. 1903.
Wolf, B., Das BGB., Handkommentar mit Berücksichtigung der gesamten Rechtsprechung der oberen Gerichte. Halle 1908.
Scherer, Kommentar zum BGB. Familienrecht 1900.
Meisner, Kommentar zum BGB. Familienrecht. Breslau 1905.
Fischer-Henle, BGB., Handausgabe. 6. Aufl. München 1904.

III. Kommentare zur Zivilprozessordnung.

L. Gaupp und Fr. Stein, Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich II., 8. und 9. Aufl. Tübingen 1908.
Seuffert, L. v., Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich, 9. Aufl. München 1905.
J. Struckmann und R. Koch, ZPO. für das Deutsche Reich, 8. Aufl., Berlin 1901.
Pertersen-Anger, ZPO. für das Deutsche Reich, 5. Aufl., 1906.
G. v. Wilmowski und M. Levy, ZPO. 7. Aufl., Berlin 1895.
O. Reincke, ZPO., 5. Aufl., Berlin 1904.

IV. Einzelabhandlungen.

Wieruszowski, Handbuch des Eherechts, I. Teil 1900.
Mayer-Reis, Lehrbuch des Familien- und Erbrechts, I. Band, besorgt von Haidlen, 4. Aufl. 1907.
Jakobi, Das persönliche Eherecht des BGB., 2. Aufl. 1900.
Hollweck, Das Zivileherecht des BGB., dargestellt im Lichte des kanonischen Eherechts. Mainz 1900.
Hinschius, Das Personenrecht der Ehegatten, ArchCivPrax., Band 74, S. 55 ff.
Wetzel, Die Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft, Archiv für bürgerliches Recht, Band 26, S. 54 ff.
Wulfert, Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen, SächsArch. Band 10 S. 3 ff.
Leonhard, R., Das persönliche Eherecht des BGB. für das Deutsche Reich. Arch. für praktische Rechtswissenschaft 3. Folge 7. Band S. 223 ff.
Hörle, Über die persönlichen und vermögensrechtlichen Verhältnisse des Ehegatten nach §§ 1353—1361 BGB., Arch. für bürgerliches Recht 31 S. 113 ff.
Eichhorn, Die Rechtsbehelfe in Ehesachen, Seufferts Blätter für Rechtsanwendung 71 S. 301.
Scheppler, Die Alimentationspflicht der Ehegatten, München 1909.
Sauer, C., Das deutsche Eheschliessungs- und Ehescheidungsrecht unter Berücksichtigung des Haager Abkommens von 1902, München und Berlin 1909.

V. Zeitschriften.

Archiv für bürgerl. Recht, herausgegeben von Kohler, Ring und Oertmann.
Archiv für zivilistische Praxis, herausgegeben von Heck, Rümelin und Wendt.
Sächsisches Archiv für bürgerl. Recht und Prozess, herausgegeben von Hoffmann und Wulfert.
J. A. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts von Rassow, Küntzel, Eccius.
Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerl. Rechts.
Blätter für Rechtsanwendung, begründet von Seuffert, herausgegeben von Gareis.
Archiv für praktische Rechtswissenschaft. 3. Folge.
Jahrbücher der württembergischen Rechtspflege, herausgegeben von Mitgliedern des Stuttgarter Oberlandesgerichts.
Juristische Wochenschrift, Organ des deutschen Anwaltsvereins.
Deutsche Juristenzeitung.
Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand.
Hanseatische Gerichtszeitung.
Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, begründet von Holdheim, fortgesetzt von Heilbrunn.
Archiv für Strafrecht, begründet von Goltdammer.

VI. Entscheidungssammlungen u. a.

RGE. Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Neumann, H., Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen, I. BGB. II. Bd. 6. Lieferung 1909.
Mugdan und Falkmann, Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
Spruchsammlungen der DJZ., Nr. 1—3, 5, 8—9, 12—13, 16—17.
Soergel, Rechtsprechung zum BGB. u.s.w. 1.—9. Jahrgang.
Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen, 1.—8. Jahrgang. A.
Neumann, H., Jahrbuch des deutschen Rechts. Bd. 1—7.

I. Kapitel.

Die Entwicklung der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens.

§ 1.

Einleitung. Fragestellung.

Die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens ist die gerichtliche Geltendmachung des familienrechtlichen, einem Ehegatten gegen den andern zustehenden Anspruchs auf Ehefolge und Ehegemeinschaft, oder, wie die Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs Bd. IV S. 108 sich ausdrücken, „die Klage auf Erfüllung der aus dem persönlichen Verhältnis der Gatten zueinander sich ergebenden Pflichten".

Ihre Grundlage und ihren Inhalt schöpft eine solche Klage aus dem Bestehen einer ehelichen Gemeinschaft. Nur was Folge und Inhalt einer Ehe ist, kann Gegenstand des mit ihr verlangten Rechtsschutzes sein.

Vorsichtiger als mit dem Schutz jedes anderen Verhältnisses zwischen zwei Personen muss das Gesetz mit dem Schutz des ehelichen Verhältnisses verfahren, denn mehr als alle andern widerstrebt gerade dieses einer strengen, für den Regelfall zugeschnittenen Normierung. Handelt es sich bei der Ehe doch, wie Modestinus sagt, L. 1. D. de ritu nuptiarum (23. 2), bei der coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae um eine communicatio divini et humani iuris.

„Hier muss das menschliche Recht die Herrschaft mit dem göttlichen Sittengesetze teilen, um die Ehe zur innigen Lebensgemeinschaft zu gestalten. Sittengesetz und Rechtsgesetz verhalten sich wie gesetzgebende zur vollziehenden Gewalt. Das Sittengesetz ist die schöpferisch gestaltende Kraft, die das Wesen der ehelichen Gemeinschaft und ihren Inhalt bestimmt. Aus der Hand des Sittengesetzes erst empfängt die Rechtsordnung das so geordnete Verhältnis, und ihre Aufgabe ist es, die von der Sittenordnung ge-

forderte Gestaltung des ehelichen Lebens womöglich zur äusseren Geltung zu bringen“ [1]).

Ob aber überhaupt und eventuell mit welchen Mitteln die Rechtsordnung hier eingreifen soll, hierüber gehen die Meinungen weit auseinander.

Wo jene Sittenordnung massgebend sei, glauben die einen, habe die Rechtsordnung zu schweigen. Sie erblicken in einer klageweisen Geltendmachung der Ehepflichten einen Rest dunkelsten Mittelalters, einen unerträglichen, am Höchsten sich vergreifenden Zwang [2]). Die andern aber fordern, dass der Staat nicht nur durch seine Gesetze Ehe r e c h t schaffe, sondern auch energisch dafür eintrete, dass dieses Recht zu seinem Schutz komme, wie jedes andere.

Wie hat sich zu dieser Frage die moderne Gesetzgebung gestellt, wenn sie zur Geltendmachung persönlichen Eherechts eine besondere Klage bereitgestellt hat?

Zur Lösung dieser Frage durch Untersuchung des Wesens und des Umfangs der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens [3]) will die vorliegende Arbeit beitragen.

Ein kurzer entstehungsgeschichtlicher Überblick soll vorausgeschickt werden.

§ 2.

Geschichtliche Entwicklung.

I. Während im älteren römischen Recht die Ehe in der Gestaltung der manus-Ehe ein reines Rechtsverhältnis [4]) gewesen

1) Wieruszowski, Handbuch des Eherechts § 2.

2) Vgl. Stenogr. Berichte, IV. Session, 9. Legislaturperiode Prot. IV, S. 2917. Rede des Abg. Dr. von Dziembowski-Pomian: „Wir sind der Auffassung, dass die eheliche Gemeinschaft ein noli me tangere bildet nicht bloss für den Richter, nicht bloss für jeden Dritten, sondern auch für den Gesetzgeber.“

3) Es sei schon hier darauf hingewiesen, dass das geltende Recht in der Bezeichnung dieser Klagen nicht ganz konsequent ist. Im § 1353 Abs. 2 BGB. spricht es von Herstellung der (sc. ehelichen) Gemeinschaft, in § 1567 BGB. von Herstellung der häuslichen Gemeinschaft und in der ZPO. von Herstellung des ehelichen Lebens. Von diesen Ausdrücken sind gleichbedeutend „Herstellung der Gemeinschaft“ und „Herstellung des ehelichen Lebens“. Eine Klage hierauf bezieht sich auf alle Verstösse gegen die durch die Ehe begründeten Pflichten. Eine Unterart hiervon ist die dem § 1567 BGB. zugrunde liegende Klage auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft. (Vgl. Wulfert, SächsArch. X, S. 10.)

4) Dass auch das alte deutsche Recht die Ehe als ein rechtliches Verhältnis auffasste, geht schon aus der Bedeutung des Wortes ê, êwa = Gesetz, Bund hervor.

war, bei dem es dem Ehemann freistand, die seiner manus unterworfene Frau mit allen Mitteln an ihre Ehepflicht zu erinnern, fiel im entwickelten römischen Recht mit dem Aufhören jener Einrichtung auch diese Zwangsgewalt.

Das Justinianische Recht hatte sie längst aufgegeben, und da unbedingte Freiheit der Ehescheidung galt, war ein gerichtlich verfolgbarer Anspruch auf eheliches Zusammenleben ausgeschlossen.

II. Dies änderte sich im gemeinen Recht. Hier hatte sich auf Grund kanonischer Rechtsübung (c. 4, 5, 6 X. de divort. 4, 19, c. 6 X. de eo, qui conj. 4, 13, c. 17 X. de conv. conj. 3, 32, c. 8, 13 X. de rest. spol. 2, 13) eine Klage entwickelt, die sich als eine Spolienklage gegenüber dem tatsächlichen Bestand der Ehe darstellte (RG. in SeuffArch. 44. 28) [5]) und das Interesse von Staat und Kirche an der Verwirklichung und Festigung der ehelichen Lebensgemeinschaft, dessen ungenügende Beachtung im römischen Staatswesen sich so bitter gerächt hatte, darlegte. Es entstand ein im Prozesswege verfolgbarer Anspruch auf Herstellung des ehelichen Lebens oder, wie man sagte, eine Klage auf eheliche Folge zum Zweck der Erzwingung der häuslichen Gemeinschaft der Ehegatten. Und nicht nur eine Verurteilung auf Grund einer solchen Klage war gegeben, sondern die ergangene Verurteilung war mit allen zu Gebote stehenden Mitteln der Zwangsvollstreckung, auch körperlichen Zwangsmassregeln, zu verwirklichen.

Diese energische Gewährleistung des ehelichen Verhältnisses seitens des Staates fing an milder zu werden, als im 19. Jahrhundert immer mehr die Rücksichtnahme auf die Individualität der Einzelpersönlichkeit Boden fand.

Schon hatte eine Entschliessung des Oberappellationsgerichts zu Darmstadt vom 9. Oktober 1852 ausgesprochen [6]): „Zur Vollstreckung eines rechtskräftigen Urteils auf Rückkehr können zwar mässige Strafen eintreten, sie dürfen aber ebensowenig wie bei einem Urteil auf Eingehung der Ehe bis zur unbedingten Nötigung gesteigert werden, um die Wiedervereinigung und Fortsetzung der faktisch getrennten Ehe zu erzielen“, und das Oberappellationsgericht zu Flensburg [7]) hatte am 20. Februar 1867 erkannt, dass der „zwangsmässige Transport als ein unzweckmässiges Mittel er-

5) Vgl. ferner SeuffArch. **1,** 237; **4,** 126; **8,** 143; **16,** 52. 54; **18,** 257; **20,** 43; **21,** 129; **26,** 39, 134; **40,** 52; und **13,** 38; **32,** 146.

6) SeuffArch. **9,** 42.

7) SeuffArch. **20,** 230.

scheine zur dauernden Wiedervereinigung der getrennten Gatten, indem dadurch zwar die Hinführung der renitenten Ehefrau zu ihrem Manne veranstaltet werden könne, dieses Mittel aber nicht geeignet sei, eine Willensänderung derselben zum Verbleiben bei dem Manne zu veranlassen und eine unbedingte, bis zur willenslosen Unterwerfung fortgesetzte Nötigung als mit dem sittlichen Charakter der Ehe unvereinbar und deshalb unzulässig zu erachten sei“ [8]).

Ja in manchen deutschen Staaten erkannte man eine Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens überhaupt nicht mehr an. Sie wurde besonders von der preussischen Praxis ganz abgelehnt, weil dem Wesen der Ehe die Anwendung körperlicher Zwangsmittel widerstreite und andere Zwangsmittel nicht beständen; und das preussische Obertribunal hatte entschieden [9]): „es könne der Richter weder berechtigt noch verpflichtet sein, ein Urteil zu fällen, dessen Vollstreckung nicht zu ermöglichen sei“.

III. Bei Einführung der Zivilprozessordnung war die Lage der Dinge diese, dass die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens nur in einzelnen Rechtsgebieten bekannt war, besonders in solchen, in welchen der Ehescheidungsgrund der böslichen Verlassung auf den Fall der Entweichung an einen unbekannten oder dem richterlichen Arme nicht erreichbaren Ort beschränkt war (wie z. B. in Baden, Bürgerliche Prozessordnung § 1053, „Antrag auf Fortsetzung der Ehe“ genannt; Reuss ä. L., AG. z. ZPO. 11; Kurhessen, RGO. 150, 370; Württemberg für katholisches Eherecht, OLG. Stuttgart; SeuffArch., Bd. 45, 172). Wo sich dagegen die Scheidung wegen quasi desertio ausgebildet hat, erscheint die Herstellungsklage nicht als selbständige Klage, sondern als Zweck eines Vorverfahrens oder Bestandteil des Desertionsprozesses selbst [10]).

Im Gebiet des Allgemeinen Landrechts und in Altbayern waren jedoch die Herstellungsklagen unbekannt, ebenso in Hamburg [11]). Erwähnt werden sie in dem preussischen Gesetz vom 1. März 1869, betreffend Ehe- und Verlöbnissachen in der Provinz Hannover (§ 1).

---

8) Württ. AG. z. PersG. vom 8. August 1875 Art. 7 Zwangsgrade aufgehoben.

9) Bd. 58 S. 409 (ObTribunal); Rehbein, Entsch. d. Obertribunals Bd. 4, S. 39.

10) Jahrbücher der Württ. Rechtspflege Bd. II, 1889, S. 255: zwar selbständige Klage, aber nach wie vor Bestandteil des Quasidesertionsprozesses.

11) SeuffArch. 46, 226.

An diesem Rechtszustand sollte durch die Zivilprozessordnung, wenn sie im I. Abschnitt des VI. Buches (§§ 568 ff. alt. Zählung) der Herstellungsklage Erwähnung tat, nichts geändert werden: es war nicht beabsichtigt, die Klage in Rechtsgebiete einzuführen, denen sie bisher unbekannt war. Bestimmt wurde nur, dass sie in den Rechtsgebieten, wo sie bestand, als Ehesache behandelt werden solle. Auch wurden zur Aufrechterhaltung des geltenden Rechts Vorkehrungen getroffen, dass die zur Erzwingung einer Handlung gestatteten Massregeln im Falle der Verurteilung zur Herstellung des ehelichen Lebens nur insoweit zur Anwendung kommen, als die Landesgesetze, wie z. B. Baden [12]) (PO. § 1094), die Erzwingung für zulässig erklären.

Dieser Vorbehalt zugunsten der Landesgesetze wurde mit der einheitlichen Regelung des Eherechts im Bürgerl. Gesetzbuch gegenstandslos und deshalb aufgehoben. Die geltende Zivilprozessordnung kennt eine Vollstreckung aus einer Verurteilung auf Herstellung des ehelichen Lebens nicht mehr (§ 888 Abs. 2).

IV. Bei der Neuordnung des bürgerlichen Rechts hatte sich schon der Entwurf dafür entschieden, in das Reichsrecht eine Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens aufzunehmen.

Das ergab sich aus dem § 1276 E. I [13]), der bestimmte, dass in einem Rechtsstreite, der die Herstellung des ehelichen Lebens zum Gegenstand hat, ein geschäftsbeschränkter Ehegatte für voll geschäftsfähig gelten solle. Damit war die Zulässigkeit einer solchen Klage vorausgesetzt, und man begründete diese Entscheidung damit, dass sich die Zulässigkeit der Klage in Ermanglung einer entgegengesetzten Bestimmung aus den allgemeinen Grundsätzen von selbst ergebe und deshalb nicht erst besonders bestimmt werden müsse. Auch sei eine Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen und von dem in den grossen Rechtsgebieten, des gemeinen Rechts und des sächsischen Bürgerl. Gesetzbuchs, geltenden Rechte nicht begründet [14]).

Hauptsächlich aber hielt man zur Erledigung solcher Streitigkeiten das ordentliche kontradiktorische Prozessverfahren, auch wenn eine Zwangsvollstreckung nicht stattfinde, doch insofern im Interesse der Aufrechterhaltung der Ehen für vorteilhaft, als es

---

12) Vgl. SeuffArch. **40** Nr. 52.
13) Jetzt ZPO. § 612.
14) Mot. IV, S. 108 ff.

zu einer näheren Untersuchung der Streitigkeiten Anlass gebe und die moralische Seite einer Verurteilung stark genug sei.

Dazu kam, dass man eine vorgängige Verurteilung zur Herstellung des ehelichen Lebens für eine festere Grundlage für ein nachheriges Scheidungsverfahren hielt.

Die Zulässigkeit einer Zwangsvollstreckung war schon im E. I abgelehnt worden. Man hatte angenommen, dass die Anwendung von Zwangsmassregeln in einzelnen Fällen zwar zu einer dauernden Herstellung des ehelichen Lebens führen könne und dass bei Ausschluss von Zwangsmassregeln dies auf die Gestaltung des Scheidungsrechts zurückwirke, indem bei fortdauernder hartnäckiger Verweigerung der ehelichen Pflichten nur Scheidung als Mittel zur Abhilfe übrigbleibe. Doch haben die Gegengründe gegen die Zwangsvollstreckung insofern überwogen, als eine solche mit dem Wesen der Ehe als vorwiegend sittlichen Verhältnisses nicht vereinbar gehalten wurde; auch sei sie praktisch ohne Erfolg und vermehre nur die zwischen den Gatten herrschende Erbitterung.

Da Zwangsvollstreckung ausserdem in vielen Rechtsgebieten schon ausgeschlossen sei, würde eine Wiedereinführung dort den grössten Widerspruch finden. Auch ohne Zwangsvollstreckung sei ja eine Herstellungsklage nicht ohne Bedeutung.

In der Kommission für die zweite Lesung wurden von einem dem Gebiete des Allgemeinen Landrechts angehörenden Mitgliede Bedenken erhoben gegen die Aufnahme einer Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens: ihr praktischer Wert sei bei Ausschluss der Zwangsvollstreckung ein sehr geringer; sie habe auch notwendig eine gesteigerte Erbitterung der Ehegatten zur Folge. Namentlich wurde gerügt, dass die Klage wegen jeder Verletzung der den Ehegatten gegeneinander obliegenden persönlichen Verpflichtungen zugelassen sein solle. — Dem wurde entgegengehalten, die Klage werde erfahrungsgemäss nur zum Zweck der aufgehobenen ehelichen Gemeinschaft, also im Falle der Verweigerung der Rückkehr oder Aufnahme von seiten des einen Gatten erhoben und habe sich als solche bewährt[15]).

Auch noch in der Reichstagskommission[16]) wurde gegen die Aufnahme der Vorschrift des jetzigen § 1353 als der materiellrechtlichen Grundlage der Klage auf Herstellung des ehelichen

15) Prot. IV, S. 99.

16) Kommissionsbericht (Anlagen zu den stenogr. Berichten des RT. 9. Legislaturperiode IV. Session Bd. III, Nr. 440) S. 2050.

Lebens gestimmt. Hier war geltend gemacht worden, dass eine Rechtspflicht zur Herstellung der ehelichen Gemeinschaft nicht konstruiert werden könne, ohne das natürliche Recht der Ehegatten zu verletzen, die eheliche Gemeinschaft nur soweit zu leisten, als Zuneigung und Liebe sie dazu bestimmen. Besonders von seiten der Frauenvereine werde die Streichung einer solchen Bestimmung verlangt. — Dem war entgegnet worden: die Ehe sei allerdings ein sittliches Verhältnis, aber das rechtliche Resultat dieser sittlichen Gemeinschaft müsse doch gezogen werden, und zwar zunächst aus praktisch juristischen Gründen (Scheidung!). Wenn man die Bestimmung [17]) streiche, so werde es fraglich, ob die sittliche Pflicht der Ehegemeinschaft auch eine rechtliche Pflicht sei.

Zur Rechtfertigung der aufgenommenen Vorschriften (jetzt § 1353 BGB.) führte der damalige Kommissar des Bundesrats, Planck, in der Reichstagssitzung vom 25. Juni 1896 noch aus [18]): „Wenn man vielleicht fragt, was soll die Bestimmung, wenn sie nicht vollstreckbar ist? — so muss doch darauf hingewiesen werden, dass glücklicherweise in unserem Volksleben ein Rechtssatz und eine festgestellte rechtliche Verpflichtung schon durch sich selbst genugsame Wirkung hat, um in den meisten Fällen zur Befolgung anzuhalten. Wenn einem Ehegatten vor die Seele gestellt wird das rechtliche „Soll", so wird sehr häufig auch die Rückwirkung eintreten, dass er auch das sittliche „Soll" beachten wird. Wenn das aber nicht eintreten sollte, wenn trotz des rechtskräftigen Urteils die eheliche Gemeinschaft nicht hergestellt wird, dann bleibt auf die Dauer allerdings nichts anderes übrig als Scheidung."

Nicht ohne Widerstand hat die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens im neuen Rechte Anerkennung gefunden. Sie hat auch jetzt unter den Schriftstellern Gegner, die auf der einen Seite ihre Unzweckmässigkeit tadeln, wie Dernburg, andererseits sie aber auch für eine recht bedenkliche Neuerung halten [19]) und ihre Unbeschränktheit für unerwünscht und umständlich [20]).

17) Bundesratsvorlage § 1338.
18) StB. S. 2916.
19) Eichhorn, Bl. f. RA. 1906 Bd. 71: Die Rechtsbehelfe in Ehesachen, S. 305.
20) Wulfert, SächsArch. Bd. 10 S. 13.

II. Kapitel.

Das geltende Recht.

§ 3.

Die Grundlagen der Klage.

Was die Zivilprozessordnung von 1877 nicht getan hatte, war nunmehr durch das Bürgerliche Gesetzbuch geschehen: Wiedereinführung der Herstellungsklage auch in Rechtsgebieten, wo sie nicht mehr anerkannt war.

Nach wie vor regelt die Zivilprozessordnung im VI. Buch I. Abschnitt die besonderen Verfahrensvorschriften für die zu den Ehesachen zählende Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens. Das Bürgerliche Gesetzbuch erwähnt nur einmal, gelegentlich des Scheidungsgrundes der quasi-desertio (§ 1567), offenbar an einen Spezialfall dieser Klage denkend, eine rechtskräftige Verurteilung zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft.

Ihre materiell-rechtliche Grundlage findet die von der Zivilprozessordnung bereitgestellte Klage im 5. Titel des I. Abschnitts des Familienrechts, §§ 1353—1362, der von den „Wirkungen der Ehe im Allgemeinen" handelt. Hier sind die persönlichen [21]) Wirkungen der Eheschliessung, übrigens nicht alle [22]), geregelt im Gegensatz zu den vermögensrechtlichen, den Güterstand der Gatten betreffenden Folgen.

Im § 1353 stellt der Gesetzgeber den Grundsatz an die Spitze: „Die Ehegatten sind einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet."

Damit spricht das Gesetz durch Aufstellung eines allgemeinen Prinzips aus, dass es von einer einzelnen Aufzählung der persönlichen Ehepflichten Abstand nehmen will. Es folgt damit dem Vorgang des römischen Rechts, das in einer B e s c h r e i b u n g des ehelichen Verhältnisses, in einer Definition, der coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae des Modestinus eine genügende Grundlage erblickte, um die daraus sich ergebenden einzelnen Rechte und Pflichten festzustellen.

---

21) Ob n u r persönliche Wirkungen in Frage kommen, s. u. bei §§ 1360, 1361. Vgl. die Entscheidung des Oberlandesgerichts Braunschweig bei Mugdan und Falkmann R. d. OLG. 18 Seite 262.

22) Vgl. BGB. § 10.

Andere Gesetzbücher, so schon Mose I. 1, und dann wiederum die modernen, der Code civil, das Allg. Landrecht, das sächsische und das österreichische Bürgerliche Gesetzbuch [23]) hatten die Hauptzwecke der Ehe dargestellt und aufgezählt, um gewissermassen ein Gerippe zu geben für die Gestaltung des ehelichen Verhältnisses.

Dem Bürgerl. Gesetzbuch ist die Ehe Selbstzweck, eine konkrete Zweckbestimmung unnötig, als aus dem Begriff der ehelichen Lebensgemeinschaft sich von selbst ergebend, und unzweckmässig deshalb, weil sie eben jenen Begriff zu erschöpfen ja doch niemals imstande ist.

Mit der Bestimmung des § 1353 will das Gesetz [24]) den rechtlichen Inhalt des durch die Ehe begründeten, im wesentlichen sittlichen, persönlichen Verhältnisses unter den Gatten durch einen allgemeinen Grundsatz [25]) zum Ausdruck bringen. Dabei soll das

---

23) Code civil 212—14, ALR. II. 1, 134 ff., Sächs. BGB. 1630, Österreich. BGB. 90.

24) Mot. IV, S. 104.

25) In der Literatur wurde gegen diese Aufstellung eines allgemeinen Prinzips nach zwei Richtungen hin Stellung genommen. Jacobi, Das persönliche Eherecht des BGB. 2. Aufl. 1900 S. 61 ff. hält die Aufstellung eines allgemeinen Prinzips für verfehlt. Er meint, die eheliche Lebensgemeinschaft sei überhaupt keine Verpflichtung, sondern ein Zustand. Eine Verpflichtung habe in dieser viel zu grossen Allgemeinheit weder das römische Recht, noch irgendein modernes Gesetzbuch ausgesprochen.

Es ist jedoch nicht abzusehen, warum der Gesetzgeber nicht eine Verpflichtung aufstellen sollte, einen Zustand, hier eine Lebensgemeinschaft, wie sie ehelichen Leben entspricht, herzustellen; er hat dies mehrfach auch anderwärts getan. Richtig daran ist nur, dass die Festsetzung einer absolut unbeschränkten Rechtspflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft mit Rücksicht auf das vorwiegend sittliche Verhältnis der Ehe verfehlt wäre. Doch kann dies nicht hindern, eine Vorschrift über ein nach Meinung des Gesetzgebers nun einmal zu regelndes Gebiet aufzustellen, die, richtig angewendet, die rechtliche und sittliche Seite der ehelichen Pflichten nicht in Kollision kommen lässt. Der Gesetzgeber hat es nicht für richtig gehalten, die Ausgestaltung und Zwecke der Ehegemeinschaft im einzelnen zu normieren, um nicht durch eine solche Beschränkung schutzwürdigen ehelichen Interessen, die er nicht erwähnte, ihre Rechtsverbindlichkeit und ihren Schutz zu nehmen. Auf der andern Seite aber wollte er gerade die verpflichtende Kraft dieser gegenseitigen Pflichten nicht dadurch in Frage stellen, dass er eine blosse Beschreibung des ehelichen Verhältnisses gab. Eine andere Frage ist es, wieweit diese Pflichten wahre Rechtspflichten und im Prozesswege verfolgbar sein sollen.

Von anderer Seite wurde überhaupt in Abrede gezogen, dass das BGB. im § 1353 ein solch allgemeines Prinzip habe aufstellen wollen. So von Wetzel im

sittliche Wesen der Ehe[26]) — wie im Obligationenrechte Treu und Glauben — die Grundlage bilden, von welcher bei Auslegung des Gesetzes und der Beurteilung aller Rechtsverhältnisse der

Archiv für bürgerliches Recht Band 26 Seite 54 ff. § 3 mit der Begründung, das BGB. habe überhaupt nirgends ein allgemeines Prinzip aufgestellt, sondern überlasse das der Wissenschaft. Auch könne sich die eheliche Lebensgemeinschaft nicht über das persönliche Leben der Gatten hinaus erstrecken auf vermögensrechtliche Verhältnisse; es sei also schon hiedurch ein allgemeines Prinzip begrenzt; ausserdem können viele wichtige Pflichten, die das persönliche Leben der Ehegatten ordnen, nicht unter die Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft fallen.

Von den hier — zur Verteidigung seiner Ansicht über den Begriff der „ehelichen Lebensgemeinschaft" — gegen die Aufstellung eines allgemeinen Prinzips geltend gemachten Gründen ist keiner geeignet, von dem deutlich in den Motiven zum Ausdruck gelangten Willen des Gesetzgebers, im § 1353 in der Tat ein allgemeines Prinzip aufzustellen, eine Abweisung herbeizuführen.

Eigentümlich aber muss es berühren, wenn der Verfasser fortfährt, „die Anerkennung einer solch uferlosen, das ganze persönliche Verhältnis der Gatten beherrschenden Prinzips ist praktisch bedeutungslos. Während der Ehe kommt dasselbe nur in Betracht bei der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens. Diese wird aber erfahrungsgemäss ausser wegen Verweigeruug der häuslichen, Haushaltungs- und Geschlechtsgemeinschaft und der in diesen enthaltenen Einzelpflichten nicht erhoben."

Also für die Herstellungsklage soll die Geltung eines allgemeinen Prinzips doch anerkannt werden? Nun ist aber doch einzige materiell-rechtliche Grundlage eben dieser Herstellungsklage nichts anderes als der § 1353. Und nur was im Sinne des § 1353 zur erheblichen Lebensgemeinschaft gehört, kann mit der Herstellungsklage geltend gemacht werden. Wird aber für die Herstellungsklage die Geltung eines allgemeinen Prinzips anerkannt, so ist eben dieses im § 1353, der von der ehelichen Lebensgemeinschaft handelt, enthalten.

Und weiter: die Fragen, die Wetzel nicht auseinanderhält, „wollte der Gesetzgeber ein allgemeines Prinzip aufstellen?" und „inwieweit sind die sich aus dem allgemeinen Prinzip ergebenden Einzelpflichten als wahre Rechtspflichten anzuerkennen?" sind nicht dieselben. Man kann sich zu der zweiten Frage, die unten zu behandeln ist, stellen wie man will, aber man darf nicht verkennen, dass der Gesetzgeber mit seinem § 1353 nicht mehr und nicht weniger sagen wollte als: ich unterstelle die eheliche Gemeinschaft, deren Pflichten zwar vorwiegend sittlicher Natur sind, rechtlicher Regelung. Als Grundsatz, ohne auf Näheres einzugehen, stelle ich deshalb den Satz an die Spitze des persönlichen Eherechts: die ehelichen Pflichten, welche die Gatten einander von Moral wegen zu erfüllen schuldig sind, sind grundsätzlich auch Rechtspflichten. Ihre Verletzung zieht deshalb rechtliche Folgen, Herstellungsklage, Scheidung nach sich.

Ob diese Pflichten durchaus und alle oder ob ein Teil von ihnen keine wahren Rechtspflichten sind, darüber hat sich der Gesetzgeber überhaupt nicht ausgesprochen.

26) Wetzel a. a. O. § 2 ist freilich der Ansicht, die Frage, was eheliche Lebensgemeinschaft ist, dürfe nicht aus dem Sittengesetze beantwortet werden.

Gatten untereinander auszugehen ist. Die Gatten sollen zu solcher Lebensgemeinschaft verpflichtet sein, wie sie dem Wesen der Ehe entspricht und mit der rechten ehelichen Gesinnung vereinbar ist.

Die Vorschrift des § 1353 ist in den meisten Fällen unmittelbar die Grundlage der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens. Neben dieser „ganz allgemein hingestellten Pflicht der Gatten" (Jacobi) hat das Gesetz in den §§ 1354—1360 noch einzelne besondere Pflichten aufgeführt, die jedoch alle ihre gemeinsame Grundlage in der Hauptbestimmung des § 1353 haben. Auch diese Einzelpflichten können im Wege der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens verfolgt werden. In der Praxis der Gerichte ist freilich die auf den § 1353 gestützte Klage auf Herstellung der häuslichen, Haushaltungs- oder Geschlechtsgemeinschaft die häufigste.

A. § 4.

Die Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft und die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens im allgemeinen.

I. Mehr oder weniger ausgesprochen ist auf Grund der allgemeinen Fassung des § 1353 Abs. 1 die Meinung vertreten worden, jene Vorschrift, die von den Gatten eine solche Lebensgemeinschaft

---

Der sittliche Massstab ist abzulehnen, eheliche Lebensgemeinschaft sei nicht gleich „sittlich eheliche", sondern „üblich eheliche" Gemeinschaft.

Die Beweisführung für diese allerdings schwer zu beweisende abweichende Meinung ist dem Verfasser nicht geglückt. (Vgl. Staudinger S. 138.) Was insbesondere seine Anführung betrifft, die herrschende Meinung biete keinen brauchbaren Massstab, da die Ansichten über die sittlichen Pflichten der Gatten sehr verschieden seien und es unmöglich sei, von dieser Seite zu bestimmen, was unter ehelicher Lebensgemeinschaft zu verstehen sei, so ist demgegenüber darauf hinzuweisen, dass den von ihm vorgeschlagenen äusseren Massstab: so wie die überwiegende Mehrheit ihr Eheleben einrichte, sei es rechtverbindlich, noch viel mehr der Vorwurf der Unbrauchbarkeit trifft. Es wäre doch wirklich zu beklagen, wenn man dem Richter nicht zutrauen könnte, zu ermessen, ob das Verhalten eines Gatten dem sittlichen Wesen der Ehegemeinschaft entspricht oder nicht. Was „üblich ehelich" ist, das kann der Richter viel weniger wissen, wohl aber das, was nach seinem besten Ermessen „sittlich ehelich" ist.

Auch die sonst angeführten Gründe z. B. der Gesetzgeber dürfe bei seiner Aufgabe, die Erscheinungen des Lebens selbständig zu ordnen, gar nicht auf die Sittengesetze als Rechtsquellen verweisen, und es ergebe sich in der Tat aus vielen Einzelbestimmungen, dass der Gesetzgeber bei Ordnung des ehelichen Verhältnisses nicht die Sittengesetze zur Richtsschnur genommen habe (vgl. Scheidungsgrund des § 1569), sind nicht überzeugend.

als Rechtspflicht verlange, welche dem Wesen der Ehe als eines sittlichen Verhältnisses entspreche, erhebe alle die aus der Gemeinschaft sich ergebenden Pflichten zu Rechtspflichten.

Die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens, meint Planck, Bd. IV, S. 93, ist in Ermanglung einer entgegengesetzten Bestimmung wegen jeder Verletzung der aus dem persönlichen Verhältnisse der Ehegatten zueinander hervorgehenden Pflichten zulässig [27]; denn obwohl diese Pflichten in erster Linie sittlicher Natur sind, sind sie durch die §§ 1353 ff. als Rechtspflichten anerkannt [28].

Auch Wieruszowski [29] scheint dieser Ansicht zu folgen, indem er unter die vom Gesetz geforderte eheliche Lebensgemeinschaft alles rechnet, was das Sittengesetz für die Betätigung rechter ehelicher Gesinnung erfordert, z. B. die Verpflichtung zur Beistandleistung in Not und Krankheit, zur gegenseitigen Vertretung des guten Rufs gegen verleumderische Angriffe.

Man kann demnach wohl sagen, dass diese Ansicht allgemein gelehrt wird [30].

Im allgemeinen scheint man in der Literatur den Versuch einer Grenzziehung hier deshalb für weniger dringend zu halten, weil Grenzstreitigkeiten zwischen sittlicher Pflicht und Rechtspflicht wohl nicht eben häufig sein werden und andere Klagen als die auf häusliche, Haushaltungs- und Geschlechtsgemeinschaft selten erhoben werden.

Mit Unrecht. Gerade wo der Gesetzgeber in wohlerwogener Selbstbeschränkung es unterlassen hat, von seinem Standpunkt aus die Erscheinungen des Lebens selbständig zu ordnen, indem er auf die Sittengesetze als Normen verweist, ist es die Pflicht von Wissenschaft und Praxis, hier, soweit möglich, leitende Gesichtspunkte aufzustellen. —

In radikaler Weise hat Wetzel mit dieser herrschenden Meinung gebrochen. In dem erwähnten Aufsatz über „Die Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft“ versuchte er den Nachweis zu

27) Cfr. Gaupp-Stein CPO. vor § 606. Mayer-Reis-Haidlen, Lehrbuch des Familien- und Vormundschaftsrechts S. 43 Note 5.

28) Neumann, Handausgabe des BGB. vor § 1353 S. 46.

29) Handbuch des Eherechts I. Teil § 2.

30) Dies kommt nicht zum geringsten Teile daher, dass es bisher in der Literatur an einer näheren Untersuchung über den Umfang der Rechtspflicht der Ehegemeinschaft und der aus ihr sich ergebenden Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens durchaus fehlt.

erbringen, dass das Gesetz in dem § 1353 unter ehelicher Lebensgemeinschaft nicht mehr und nicht weniger verstehe als „den Zustand, der durch die Erfüllung der Pflichten beider Gatten, in denselben Wohnräumen und in derselben Haushaltung als Geschlechtsgenossen zu leben, entstehe".

Die Beweisführung dieser in Berücksichtigung der gesamten Entstehungsgeschichte der Bestimmung diktatorischen Auslegung ist nicht überzeugend. Darüber wird unten zu sprechen sein.

Diese Auffassung von den Rechtspflichten der Ehegemeinschaft ist viel zu eng und scheitert schon an dem sehr naheliegenden Bedenken, dass der Gesetzgeber, wenn er eine solche Beschränkung, die enger ist als die meisten in früheren Gesetzgebungen durch Einzelaufzählung der Ehepflichten gemachten, gewollt hätte, dies doch sicher ausdrücklich ausgesprochen hätte.

Aber richtig daran ist der Grundgedanke: es ist unmöglich, dass alle Ehepflichten durch die Bestimmung des § 1353 zu Rechtspflichten erhoben werden sollen. Richtig ist es, wenn gesagt wird: es entspricht nicht der Würde des Gesetzgebers, wertlose Rechte und Pflichten aufzustellen. Der Gesetzgeber hat weder die Mittel noch den Beruf, das Eheleben bis in die Details zu ordnen. Er und seine Ausleger haben die ehelichen Pflichten, deren Wurzel die Moral ist, nur so weit in das Rechtsgebiet zu erheben, als dies von praktischem Werte ist. So ist z. B. sicherlich die gegenseitige Liebe eine der ersten sittlichen Gattenpflichten. Es wird aber niemand einfallen, sie zur Rechtspflicht erheben zu wollen.

Zuzustimmen ist auch dem Gedanken: unter die eheliche Lebensgemeinschaft fällt im Rechtssinne nur diejenige Gemeinschaft, welche im Leben in dem Bewusstsein geübt wird, dass dem andern Gatten ein Recht darauf zusteht [31]). — Leider gibt er keine Resultate.

Wenn man also auf der einen Seite eine allzu enge Auslegung des Begriffs der ehelichen Lebensgemeinschaft zurückzuweisen hat, so ist andererseits der herrschenden Meinung von der Unbeschränktheit der Rechtspflichten noch energischer entgegenzutreten.

Eine Vorschrift der letzteren Art würde eine unverbindliche Satzung enthalten [32]); denn das Höchste und Beste, was die Ehe weiht und sie erstrebenswert macht, bildet sich ausserhalb der allgemeinen Zwangsordnung der staatlich befestigten Gemeinschaft.

31) Wetzel § 3 S. 77.

32) Endemann 8./9. Aufl., II. Band, S. 290.

Der Machtspruch des Richters als eines Dritten muss sich davor hüten, dass er da, wo er heilend wirken will, die eheliche Gesinnung nicht erst recht verletzt.

Zweifellos liegt auf dieser Seite allzu weiter Ausdehnung der ehelichen Rechtspflichten die grössere Gefahr. Mit Recht weist deshalb auch Dernburg darauf hin, dass es unrichtig war, wenn Planck im Reichstage von den „tausendfältigen Fragen des täglichen Lebens" sprach, die hierher zu unterstellen seien. Diese dürfen nicht zu einem rechtlichen Sollen vergröbert werden. Minima non curat praetor. „Wollte der Mann wegen Lappalien, z. B. aus seinem Recht auf den Hausschlüssel, Klage erheben, so würde er den Rest seiner etwaigen Autorität einbüssen."

Aber wo ist die Grenze zu ziehen? Darüber mangelt zunächst jeder Anhaltspunkt, da das Gesetz lediglich keine Bestimmungen gibt. Die positive Bestimmung und Abgrenzung der ehelichen Rechtspflichten stösst schon deshalb auf Schwierigkeiten, weil ihre Erfüllung niemals unmittelbar durch Zwangsvollstreckung erwirkt werden kann. Es entfällt hier der Rechtszwang überhaupt, der sonst als Kennzeichen der subjektiven Rechte gilt.

II. Es ist das Verdienst Endemanns [33]), hier auf den zur Lösung der Frage führenden Weg hingewiesen zu haben.

Auch er kommt zu dem Schlusse, dass das Gesetz mit der allgemeinen Formel, „Herstellung des ehelichen Lebens", zwar den Inhalt des Verurteilungsanspruchs und zugleich den Umfang des Rechtsschutzes näher zu bestimmen suche, dass aber keineswegs die allgemeine Fassung des Prozessrechts zu der Annahme verleiten dürfe, hiermit sei eine Blankettnorm gegeben, welche gestatte, sämtliche Beziehungen des ehelichen Lebens dem Richterspruche zu unterwerfen. Es sei vielmehr durchaus eine Frage des materiellen Rechts, wie weit die Rechtsschutzbedürftigkeit auszudehnen sei. Die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens werde zwar prozessrechtlich als ein allgemeiner Rechtsanspruch hingestellt, materiell-rechtlich sei sie aber auf diejenigen Pflichten abzugrenzen, die sich als echte rechtliche Verpflichtungen erweisen lassen.

Welches nun aber diese echten rechtlichen Verpflichtungen in der Ehegemeinschaft sind, darüber gibt die massgebende Gesetzesstelle keine Auskunft. Immerhin können andere Gebiete des Ehe-

33) Lehrbuch 8./9. Aufl. II. Band Abt. II S. 290 ff.; ihm hat sich angeschlossen Schmidt im Kommentar von Hölder § 1353 S. 148.

rechts geeignet sein, durch Rückschluss aus ihnen zur Lösung der Frage beizutragen.

Das ist der Fall beim Scheidungsrecht[34]). Hier hat der Gesetzgeber eine Reihe von Umständen für geeignet gehalten[35]), die Ehegemeinschaft derart zu zerstören, dass er den hiervon betroffenen Gatten von Gesetzes wegen ermächtigt, eine solche Gemeinschaft gerichtlich lösen zu lassen. Der Gesetzgeber hat damit ausgesprochen, dass er in das eheliche Gemeinschaftsleben nur dann eingreifen wolle, wenn sich die im Gesetz genannten Tatumstände in demselben vorfänden, und er hat mittelbar auch den Gatten damit verboten, ein derartiges Verhalten an den Tag zu legen. Er hat festgesetzt: ihr Gatten könnt eure Ehegemeinschaft einrichten und führen, wie ihr wollt, nur das bestimme ich: wenn einer die Ehe bricht, dem andern nach dem Leben trachtet, ihn böslich verlässt usw., dann gebe ich dem Betroffenen das Recht, die Ehe zu lösen. Und damit hat der Gesetzgeber gewisse, sagen wir, Mindesterfordernisse von seinem Standpunkt aus an die eheliche Lebensgemeinschaft gestellt, nämlich die, keinen Ehebruch zu begehen, nicht durch schwere Verletzung der Ehepflichten oder durch ehrloses oder unsittliches Verhalten die Ehe unheilbar zu zerrütten u. a. Das heisst aber nichts anderes, als dass hiermit der Gesetzgeber ausgesprochen hat, was er als Rechtspflichten der ehelichen Gemeinschaft anerkennen will.

Aus diesem Grundgedanken hat Endemann den Satz aufgestellt: als Rechtspflicht gilt kraft indirekter Sanktion nur diejenige Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft, deren Verletzung das eheliche Leben zerstört und das Scheidungsrecht begründet[36]).

Hieraus ergeben sich folgende hauptsächliche Gesichtspunkte:

1. Aus dem öffentlich-rechtlichen Verbot des Ehebruchs, der Bigamie und der widernatürlichen Unzucht und ihrer Anerkennung als Scheidungsgrund im § 1565 BGB. folgt als oberste die

---

34) Auf den Zusammenhang der Bestimmungen des § 1353 ff. mit den Vorschriften des Scheidungsrechts wird auch von Neumann, Handausgabe S. 46 hingewiesen, wo ausgeführt ist: die Vorschriften über Ehescheidung bilden insofern eine Ergänzung und Erläuterung der §§ 1353 ff., als jeder Scheidungsgrund mit Ausnahme der Geisteskrankheit zugleich eine Verletzung des durch die Ehe begründeten persönlichen Verhältnisses bedeutet.

35) Abzusehen ist bei diesen Ausführungen von dem Scheidungsgrund des § 1569 BGB.

36) Getadelt von Staudinger Band IV, 1 S. 138.

im Prozesswege verfolgbare Pflicht auf eheliche Treue[37]), d. i. die Rechtspflicht eines Gatten gegen den andern auf ausschliesslichen geschlechtlichen Verkehr, auch darauf gerichtet, mit Rücksicht auf das sittliche Wesen der Ehe widernatürliche Unzucht zu unterlassen.

Wetzel (§ 4 a. a. O.) meint freilich nachweisen zu können, dass diese Pflicht nicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft gehöre. Er vertritt die Auffassung: gemäss Abs. 2 des § 1353 ist ein Gatte, der beim Verlangen des andern nach Herstellung der Gemeinschaft von einem Missbrauch betroffen ist oder scheidungsberechtigt ist, nicht verpflichtet, dem Verlangen Folge zu leisten. Die eheliche Lebensgemeinschaft kann demnach unter bestimmten Voraussetzungen zu Recht verweigert werden. Was also nicht verweigert werden kann, gehört nicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft, so die Treuepflicht. Denn auch der missbrauchbetroffene und der scheidungsberechtigte Ehegatte können die eheliche Treue nicht verweigern. Demnach kann also der eine Gatte nicht gegen den ehebrecherischen andern Gatten auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft klagen, wenn letzterer die Gemeinschaft nicht verweigert.

Richtig hieran ist so viel, dass allerdings auf Grund jenes öffentlich-rechtlichen Verbots des Ehebruchs und der Bigamie auch der missbrauchbetroffene[38]) Gatte, selbst der Scheidungsberechtigte jene Pflicht nicht verweigern kann, d. h. nun auch seinerseits Ehebruch begehen. Es wäre aber auch ausserordentlich sonderbar, wenn der Gesetzgeber diese Einrede gegeben hätte, um eine mehr oder weniger zerrüttete Ehe jetzt noch mehr dadurch zerrütten zu lassen, dass ein missbrauchbetroffener oder scheidungsberechtigter Gatte nun auch die Treuepflicht verweigern könnte. Auch der Scheidungsberechtigte kann die Treue nicht verweigern, aber nur aus dem Grunde, weil Ehebruch verboten ist. Darum ist es falsch, aus dem Abs. 2 des § 1353 einen Schluss auf den Umfang der ehelichen Lebensgemeinschaft zu ziehen. Nicht alles, was zur ehe-

37) Vgl. hiezu auch Hedemann in der DJZ. 1907 S. 738 ff.

38) Es ist übrigens nicht ersichtlich, dass in dem Verlangen eines Gatten nach Herstellung der ehelichen Treue überhaupt je ein Missbrauch erblickt werden könnte. Missbrauch ist nach den Prot. S. 95 ein dem Wesen der Ehe widersprechendes Verhalten. Selbst wenn der verlangende Ehegatte selbst die eheliche Treue verletzt, wird man von einem Missbrauch seinerseits nicht sprechen können, da ja das, was er vom anderen Gatten fordert, diesem durch andere Gesetzesbestimmungen geboten ist.

lichen Gemeinschaft gehört, kann auch zu Recht verweigert werden. Der Abs. 2 gilt natürlich nur insoweit, als überhaupt eine Verweigerung möglich ist und nicht — wie hier — dem an sich gegebenen Verweigerungsrecht das stärkere öffentlich-rechtliche Verbot entgegensteht.

Es hat auch ausser Wetzel noch niemand die Folgerung gezogen, dass ein Gatte mit der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens nicht Verurteilung des andern beantragen könnte, ausserehelichen oder widernatürlichen Geschlechtsverkehr zu unterlassen. Daran zu zweifeln, dass die Pflicht zur ehelichen Treue eine Rechtspflicht der Ehegemeinschaft ist, heisst den Grundgedanken der ganzen Ehegesetzgebung verkennen, welche ein öffentlich-rechtliches Verbot des Ehebruchs kennt und Verletzung der ehelichen Treue als ersten und obersten Scheidungsgrund aufgestellt hat.

2. Die Rechtspflicht zur häuslichen Gemeinschaft. Sie ergibt sich aus dem Scheidungsgrund des böslichen Verlassens. Die Gatten haben gegeneinander den im Prozesswege verfolgbaren Anspruch auf häusliches Beisammenwohnen, auf Gemeinsamkeit derjenigen Räume, die sie als Ausgangs- und Mittelpunkt ihres persönlichen Lebens betrachten. Rechtspflicht ist auch die Haushaltsgemeinschaft [39]), die Gemeinschaft derjenigen Einrichtungen, die zur Befriedigung der Bedürfnisse nach Wohnung, Nahrung, Kleidung, Licht, Wärme usw. dienen (§§ 1356, 1357).

3. Aus dem Scheidungsgrund des § 1568 ergibt sich die Rechtspflicht, die Ehegemeinschaft so zu führen, dass sie nicht durch schwere Verletzung der Ehepflichten oder durch ehrloses oder unsittliches Verhalten unheilbar zerrüttet werde. Es ist die Pflicht, in einer solchen Gemeinschaft zu leben, wie sie den Anforderungen des Geschlechtslebens und wie es der Rücksicht auf den Bildungsgrad, die sittlichen Anschauungen und die sozialen Verhältnisse der Gatten entspricht. Was nach dieser Richtung hin als Rechtspflicht anzuerkennen ist, kann nur aus der jeweiligen, von der gerichtlichen Praxis bestätigten, allgemein gültigen Volksanschauung entnommen werden: jeder Gatte muss sich so verhalten, dass er das eheliche Leben nicht unheilbar zerrütte.

Eine der wichtigsten hieraus sich ergebenden Rechtspflichten ist die Pflicht zur Geschlechtsgemeinschaft. Sie reicht nicht nur so weit, als die Erreichung des ersten Ehezwecks, der Kinder-

39) Nach R. d. OLG. 2, S. 329 zu identifizieren mit der häuslichen Gemeinschaft.

erzeugung, es erfordert, sondern soweit als vernünftige und gesunde Menschen Geschlechtsverkehr pflegen.

Das Ergebnis Endemanns ist dieses: Alle diese indirekt aus dem Scheidungsrecht hergeleiteten Pflichten, und nur diese sind Rechtspflichten und nur auf sie kann eine Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens gerichtet werden.

III. Betrachtet man diese Lösung von der Frage der Rechtspflicht der Ehegemeinschaft und des Umfangs der Herstellungsklage, so wird man sofort gewahr, dass sie das Herstellungsrecht ausserordentlich einschränkt. Und hier tritt ein Bedenken prinzipieller Art als erstes hervor. Prinzip des geltenden Rechts ist Erschwerung der Ehescheidung; sein Ziel ist Aufrechterhaltung der Ehe. Darum Ausdehnung des Gegenteils der Scheidung, des Herstellungsbegehrens. Nun ist aber die unmittelbare Folgerung der Endemannschen Ansicht die: Herstellungsklage ist nur gegeben bei Verletzung einer Rechtspflicht; eine Rechtspflicht ist aber nur dann verletzt, wenn ein Scheidungsrecht begründet ist; sonach wäre die Herstellungsklage nur dem Scheidungsberechtigten gegeben. Aber abgesehen von dem praktischen Gesichtspunkte, dass wer einmal scheidungsberechtigt ist, selten Herstellung begehren wird, kann es doch unmöglich der Wille des Gesetzgebers sein, einem Herstellungsbegehren nur in den nach seinem Willen seltenen Fällen zu entsprechen, wo einem Gatten Fortsetzung der Ehegemeinschaft nicht mehr zugemutet werden kann. Aus der Tendenz der ganzen Ehegesetzgebung ergibt sich, dass das Herstellungsrecht unmöglich so — wie es eine Folgerung der Endemannschen Ansicht ist — seinen Inhalt ausschliesslich aus dem Scheidungsrecht zu schöpfen gezwungen sein kann. Das Herstellungsrecht muss viel ausgedehnter sein als das Scheidungsrecht, es muss viel bälder, in einem viel früheren Stadium der Ehezerrüttung eingreifen.

Der Grundgedanke der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens ist der, der Erhaltung der Ehe zu dienen. Wird die Klage erst dem Scheidungsberechtigten gegeben, dann ist es in den weitaus häufigsten Fällen zu spät, die Ehegemeinschaft ist unrettbar zerrüttet und nicht mehr zu erhalten. Deshalb ist vor allem das festzustellen, dass die Herstellungsklage früher einsetzen muss, als zu der Zeit, wo schon eine scheidungsgrundgebende Verletzung der Ehepflichten stattgefunden hat.

Aber noch von einem andern Gesichtspunkte ergibt sich die Unhaltbarkeit dieser Auffassung.

Die Fälle, in denen hiernach Herstellungsklage möglich wäre, sind folgende. Einmal steht die Klage dem Gatten zu, wenn sich der andere eines Ehebruchs, einer Doppelehe oder widernatürlicher Unzucht schuldig gemacht hat: arg. § 1565. Zweifellos sind Fälle denkbar, in denen ein Gatte hier von der Herstellungsklage Gebrauch machen wird, jedenfalls überall da, wo ihm die Erhaltung der Ehe trotz Scheidungsgrunds wichtiger ist als der Gebrauch seines Scheidungsrechts. Tatsache ist jedoch, dass diese schweren Eheverfehlungen in den meisten Fällen die Ehe derart zerrütten, dass dem betroffenen Gatten an einer Wiederherstellung nicht viel gelegen ist. Dass die Klage auch da angestellt werden kann, wo der Scheidungsgrund durch Verzeihung weggefallen ist, kann nicht bezweifelt werden, und gerade in Fällen der letzteren Art wird sie praktisch werden.

Der zweite Anwendungsfall wäre Herstellungsklage desjenigen Gatten, dem der andere nach dem Leben trachtet: arg. § 1566. Dass ein Gericht in die Lage kommen sollte, über eine solche Klage zu entscheiden, ist kaum zu denken.

Der dritte, allgemein als bedeutungsvoll anerkannte Fall ist der der böslichen Verlassung. Hier ist die Klage auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft gerichtet (§ 1567) und bildet die notwendige Voraussetzung für eine Scheidung wegen Quasidesertion. Gerade hier aber spricht es das Gesetz selber aus, dass nicht erst der Scheidungsberechtigte diese Klage erheben kann. Denn nach § 1567 Ziff. 1 ist ein Gatte erst scheidungsberechtigt, nachdem schon Herstellungsklage erhoben ist und der andere Gatte dem Urteil ein Jahr lang nicht Folge leistet.

Und nun bei den relativen Scheidungsgründen versagt die von Endemann vertretene Auffassung völlig. Ein Gatte kann auf Herstellung klagen, wenn der andere sich einer Rechtspflichtverletzung schuldig gemacht hat; und das hat er in diesem Falle erst dann getan, wenn er eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses verschuldet hat, dass dem andern Gatten die Fortsetzung der Ehe nicht mehr zugemutet werden kann.

Ja, wer wird denn überhaupt noch Herstellung begehren, wenn die Ehe so unheilbar zerrüttet ist? Und zeigt nicht der Gatte, der in einem solchen Falle die Klage erhebt, damit selbst, dass ihm die Fortsetzung dieser Ehe eben doch noch zugemutet werden kann, da er sich selbst die Fortsetzung zumutet, und dass die Ehe scheinbar doch noch nicht zerrüttet ist, also der andere Teil auch

keine Rechtspflicht der Ehegemeinschaft verletzt hat, und ihm selbst — nach dieser Auffassung — demnach überhaupt kein Klagerecht zur Seite steht!

So wäre also die Herstellungsklage nur in einzelnen wenigen Fällen überhaupt zulässig. Ihre Bedeutung wäre auf ein Mindestmass herabgedrückt.

Aus alledem ergibt sich, dass eine derartige Einschränkung der Herstellungsklage viel zu weit geht. Anzuerkennen ist die Richtigkeit des Grundgedankens, das Scheidungsrecht zur Lösung der Frage des Umfangs der Herstellungsklage heranzuziehen, unrichtig aber ist es, der Klage die erwähnten Schranken zu setzen. Im Bemühen, der herrschenden unhaltbaren Meinung, welche sämtliche sittlichen und natürlichen Pflichten, die sich aus der ehelichen Lebensgemeinschaft ergeben, zu Rechtspflichten stempeln und sie zum Gegenstand einer Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens machen will, entgegenzutreten, hat sich Endemann mit dem Grundgedanken der Klage in Widerspruch gesetzt. Denn dieser ist gerade der, zu verhindern, dass ein Gatte scheidungsberechtigt wird. Mit der Klage soll ja gerade der Versuch gemacht werden, eine Scheidung hintanzuhalten und den Fortbestand der Ehe zu sichern. Darum ist es ein Unding, sie erst dem Scheidungsberechtigten zu gewähren.

So hat man sich zur Lösung der Frage zwei Grenzlinien gesteckt. Auf der einen Seite ist festgelegt, dass nicht wegen jeder Verletzung der Ehepflichten die Klage gegeben ist; die Pflichtwidrigkeit muss von bestimmter Art sein und einen gewissen Grad erreicht haben. Auf der andern Seite ist sicher, dass die Zulassung der Klage nicht erst dann beginnen kann, wenn eine scheidungsgrundgebende Pflichtverletzung erfolgt ist.

So gelangt man zu dem Ergebnis: Die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens ist dann gegeben, wenn ein Gatte sich einer solchen Verletzung der ehelichen Pflichten schuldig macht, die nach richterlicher Überzeugung zum Entstehen eines Scheidungsgrundes voraussichtlich führen wird.

Dieser Grundsatz wird in allen Fällen zu brauchbaren Resultaten führen. Jetzt kann der Richter einer Herstellungsklage entsprechen, wenn ein Gatte im Begriffe ist, mit einer dritten Person ein Liebesverhältnis zu unterhalten, das voraussichtlich zum

geschlechtlichen Verkehr führen wird, oder wenn sich ermitteln lässt, dass er beabsichtigt, eine Doppelehe einzugehen. Eine Klage ist gegeben, wenn ein Gatte begründete Furcht haben kann, der andere werde ihn verlassen. Vor allem praktisch ist diese Lösung bei den relativen Scheidungsgründen. Hier ist die Klage im Vorbereitungsstadium gegeben, in dem Stadium, wo ein Gatte seine ehelichen Pflichten schwer verletzt oder ein unsittliches oder ehrloses Verhalten an den Tag legt, wo aber eine Zerrüttung der Ehe noch nicht eingetreten ist. Ein Beispiel mag das zeigen: Unzucht mit Kindern ist an sich kein Scheidungsgrund; ein solches Verhalten ist jedoch dazu angetan, die Ehe zu zerrütten. Hier braucht doch der Ehegatte nicht zu warten, bis die Ehe wirklich zerrüttet ist! Oder bei groben Misshandlungen. Hier soll der betroffene Ehegatte durch Klage dem andern zum Bewusstsein bringen können, dass er im Begriff ist, die Ehe unheilbar und scheidungsbegründend zu zerrütten, b e v o r eine solche Zerrüttung wirklich erfolgt ist.

Ja, man wird in dieser Richtung noch einen Schritt weitergehen dürfen. Es sind Fälle denkbar, wo ein bestimmtes Verhalten eines Ehegatten oder ein einzelnes Vorkommnis zwar an sich noch keine schwere Pflichtverletzung darstellt oder ehrlos oder unsittlich ist, wo aber eine eventuelle Fortsetzung dieses Verhaltens oder eine Wiederholung des Vorfalls pflichtverletzend, ehrlos oder unsittlich wäre. Auch hier muss im Interesse der Vorbeugung einer Klage immer dann entsprochen werden, wenn eben eine solche Fortsetzung oder Wiederholung zu befürchten ist.

Eine anderweitige Bestimmung und Abgrenzung des Rechtsschutzbedürfnisses bei der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens ist vom Standpunkt des geltenden Gesetzes nicht möglich, aber auch nicht erforderlich. Denn in der Tat ist damit für den erkennenden Richter ein ausreichender Massstab gegeben. Leichter wird es freilich für ihn sein, im Scheidungsverfahren zu beurteilen, ob ein absoluter Scheidungsgrund gegeben i s t oder eine Ehezerrüttung, die scheidungsberechtigt macht, eingetreten i s t. Die Anfänge einer Ehezerrüttung dagegen liegen oft weit zurück und es ist schwierig zu beurteilen, inwieweit nun gerade dieses oder jenes Verhalten dazu beitragen wird, die Ehegemeinschaft zu zerstören. Immerhin aber kann man es richterlicher Erkenntnis zutrauen, dass unter Berücksichtigung der gesamten Sachlage, der Persönlichkeit der Parteien und unter Beachtung des Zwecks der

Klage, die Ehe zu erhalten, darüber eine Entscheidung getroffen werden kann, ob ein Klagebegehren eine für das Bestehen der Ehegemeinschaft wichtige Forderung enthält, eine Forderung, die so wichtig ist, dass ihre Verweigerung voraussichtlich zum Entstehen eines Scheidungsgrundes führen wird. Und daraus rechtfertigt sich die oben vertretene Ansicht. So entspricht es auch der Aufgabe und dem Beruf des Richters, keine Klagen auf wertlose Rechte und Pflichten zuzulassen, und erhält auf der anderen Seite der Herstellungsklage in vollem Umfange ihre Bedeutung, der Erhaltung der Ehe zu dienen.

Dass ausserdem auch demjenigen Ehegatten die Herstellungsklage zuzubilligen ist, der schon scheidungsberechtigt ist und der mit der Klagerhebung eine Wiederherstellung der Ehegemeinschaft zu erreichen hofft, ist selbstverständlich.

§ 5.

Die Rechtspflicht der Ehegemeinschaft in der Rechtsprechung.

Die Rechtsprechung zeigt anscheinend die Tendenz, über den hier aufgestellten einschränkenden Grundsatz hinauszugehen. Der IV. Zivilsenat hat durch Urteil vom 8. Oktober 1908 [40]) sich dahin ausgesprochen, dass die Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft alle dem sittlichen Wesen der Ehe entsprechenden Pflichten umfasse, insbesondere die Pflicht zum Zusammenleben, zum Geschlechtsverkehr, zur Treue und zum gegenseitigen Beistande [41]). Die Erfüllung dieser Pflichten sei zwar rechtlich nicht erzwingbar, aber ihre Verletzung könne die Grundlage eines Scheidungsanspruchs abgeben. Damit scheint sich der oberste Gerichtshof der herrschenden Lehre anschliessen zu wollen, die alle sittlichen Ehepflichten in ihrem ganzen Umfange zu Rechtspflichten erhebt.

Allerdings konnte dies nicht, wie Endemann a. a. O., S. 290 ff., meint, aus den Erkenntnissen im „Recht", Bd. X, S. 621, und „Juristische Wochenschrift", Bd. 33, S. 409 geschlossen werden. Die erstere der beiden Entscheidungen spricht davon, dass derjenige Gatte, der durch Verletzung der ehelichen Pflichten, auch wenn sie den Tatbestand des § 1568 nicht er-

40) „Recht" XII, Nr. 3429. Vgl. RGE. 71 S. 85 ff.

41) Ebenso schon RGE. 59, S. 250 (JW. 05, 49; DJZ. 05, 170). Vgl. unten.

füllen, dem andern Gatten begründeten Anspruch zur Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft gegeben habe, Wiederherstellung des ehelichen Lebens nur unter bestimmten Voraussetzungen fordern könne. Die letztere Entscheidung spricht davon, dass die Annahme eines Missbrauchs des ehemännlichen Rechts auch dann begründet sei, wenn dem Herstellungsbegehrenden ein Verschulden überhaupt nicht oder doch nur ein solches zur Last fällt, das die Tatbestandserfordernisse des § 1568 nicht erfüllt.

Von seinem Standpunkt aus hat Endemann hierzu bemerkt: „Es wird behauptet, dass eine Verletzung der ehelichen Pflichten auch in einem solchen Verhalten erblickt werden könne, das den Tatbestand des Scheidungsgrundes nicht erfülle."

Das ist nun allerdings in den beiden Entscheidungen ausgesprochen, ist aber nicht zu beanstanden. Es ist doch klar, dass die Pflichten der ehelichen Lebensgemeinschaft nicht nur scheidungsgrundgebend, sondern auch in leichterer Weise verletzt werden können. Und davon sprechen die Entscheidungen: Solche leichte Verletzung der ehelichen Pflichten könne die Einrede der Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft wegen Missbrauchs nach § 1353 Abs. 2 ergeben. Darüber, was als Rechtspflicht anzuerkennen ist, sprechen sich die Erkenntnisse überhaupt nicht aus.

Festzuhalten ist: Alle Ehepflichten entspringen der Moral und sind im Grunde sittliche Pflichten. Im Klageweg verfolgbare Rechtspflichten aber sind sie nach der hier vertretenen Auffassung erst auf der Stufe, wo ihre Verletzung einen Scheidungsgrund bildet (so allein Endemann) oder zur Entstehung eines Scheidungsgrundes voraussichtlich führen wird. Sonach hat jede Ehepflicht Stufen, wo sie nicht Rechtspflicht ist und nicht mit der Herstellungsklage verfolgt werden kann. Ein Beispiel: Die Pflicht zur ehelichen Treue schliesst von Moral wegen in sich, dass eine Ehefrau nicht mit einem andern Manne als ihrem Gatten ein Liebesverhältnis anknüpft. Die Frau, welche dies trotzdem tut, verletzt damit moralisch die Treuepflicht. Eine Verletzung der Rechtspflicht zur Treue begeht sie erst dann, wenn ihr Verkehr mit dem Dritten ein solcher ist, dass er das eheliche Leben unheilbar zu zerrütten droht, oder wenn sie sich eines Ehebruchs schuldig macht. Deshalb ist es durchaus nicht zu beanstanden, dass eine Ehepflicht auch auf der Stufe, wo sie nicht rechtliche

Pflicht ist, verletzt werden kann, d. h. so verletzt werden kann, dass die Verletzung nicht den Tatbestand des § 1568 erfüllt.

Ist dies der Fall und begehrt der Verletzende die Herstellung des ehelichen Lebens, dann steht dem andern Gatten ein Verweigerungsrecht gemäss § 1353 Abs. 2 Satz 1 zur Seite, da der Herstellungsbegehrende sein Recht missbraucht.

Das ist das einzige Recht, das dem missbrauchbetroffenen Gatten zusteht, Verweigerung, Einrede. Ihm gegenüber ist nicht eine Rechtspflichtverletzung begangen worden, er hat kein Klagrecht[42]), wie z. B. Haidlen annimmt, auf Abstellung des Missbrauchs. Ein solches hat nur der Scheidungsberechtigte des Abs. 2 Satz 2. Auch er hat ein Verweigerungsrecht wie der missbrauchbetroffene Gatte[43]), steht jedoch sonst in keiner Weise diesem gleich. Denn ihm gegenüber ist eine Rechtspflicht der Ehegemeinschaft verletzt worden, er hat sogar das Recht, die Ehegemeinschaft zu lösen.

Es ist daher dem von Endemann aufgestellten Grundsatz: Rechtspflichten sind nur d i e j e n i g e n Pflichten, deren Verletzung das eheliche Leben zerstört und das Scheidungsrecht begründet, auch nach der Richtung entgegenzutreten, als ob n u r diejenigen Pflichten Rechtspflichten seien, die überhaupt nur so verletzt werden können, dass j e d e Verletzung, s e i s i e n o c h s o l e i c h t, sofort einen Scheidungsgrund abgeben müsse.

§ 6.

Die Rechtsprechung zur Herstellungsklage im besonderen.

I. Die Rechtsprechung hat auch den Inhalt des Herstellungsanspruchs viel weiter ausgedehnt, als nach der hier vertretenen Auffassung berechtigt ist.

In einem zur Revision dem Reichsgericht[44]) vorliegenden Falle hatte das Oberlandesgericht Dresden ausgesprochen: Die Klage auf Herstellung des e h e l i c h e n Lebens schliesse allerdings der Regel nach den Anspruch auf die Herstellung der h ä u s l i c h e n Gemeinschaft in sich; in Ermanglung entgegengesetzter

42) Mayer-Reis-Haidlen, Familien- und Vormundschaftsrecht. 4. Aufl. S. 43 Anm. 5.

43) Nach dem Beschluss der Reichstagskommission.

44) RGE. 51, 182—186 (Erkenntnis des IV. Senats vom 14. April 1902).

Bestimmungen sei die Herstellungsklage aber überhaupt wegen jeder Verletzung der aus den persönlichen Verhältnissen der Ehegatten zueinander hervorgehenden Pflichten zulässig. So zahlreich und verschieden diese Pflichten seien, so verschiedene Tatumstände könnten einen Ehegatten zur Erhebung der Klage „auf Herstellung des ehelichen Lebens berechtigen".

Das Reichsgericht hat diesen Ausführungen im wesentlichen zugestimmt und auch seinerseits betont, dass die Herstellungsklage in der Regel wegen jeder Verletzung der ehelichen Pflichten zuzulassen sei. Das stimme vollständig mit der Auffassung überein, welche in den Motiven (IV. 108, 110) zu § 1276 des I. Entwurfs näher entwickelt sei und an der auch nach den Protokollen der II. Kommission grundsätzlich festgehalten worden sei.

Danach hat das Reichsgericht eine Verurteilung auf Grund einer Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens bestätigt, die dahin ging, dass der beklagten Ehefrau durch Urteil geboten wurde, sich zur Heilung ihres schweren Nervenleidens in eine geschlossene Anstalt zu begeben.

Das Berufungsgericht hatte dies damit begründet: Dem Kläger stehe nach § 1354 BGB. die Entscheidung in allen das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten zu; er könne deshalb verlangen [44a]), dass die Beklagte den ihrer Gesundheit allein zuträglichen Aufenthalt nehme. Das Reichsgericht hatte das Verlangen des Ehemanns, dass seiner Anordnung Folge gegeben werde, als durchaus berechtigt anerkannt.

Eine weitere Entscheidung des Reichsgerichts über dieselbe Frage (Bd. 59, S. 256) sprach sich in ähnlicher Weise aus. Ausgeführt wurde: Nach § 1353 sind die Ehegatten einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet, also zur gegenseitigen Treue, zum gegenseitigen Beistand, zum Zusammenleben. Wäre diese Verpflichtung in einem Schuldverhältnisse begründet, so würde Treue und Glauben es erfordern, dass der Verpflichtete, soweit es in seinen Kräften steht, etwaige Hindernisse beseitige, die der Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtung entgegen-

---

44a) Plank zu § 1354 folgert diese Entscheidung sogar daraus, dass der Mann berechtigt sei, den Wohnort der Frau zu bestimmen (!). Zur Entgegnung genügt der Hinweis, dass § 1354 natürlich vom gemeinsamen Wohnort handelt. Vgl. hierzu die Entscheidung des OLG. Naumburg, R. d. OLG. 15, 398; s. u. bei § 1354.

stehen. Danach habe also das gestellte Verlangen des Ehemanns seine Berechtigung.

In der letzteren Entscheidung hat das Reichsgericht wenigstens den unhaltbaren Grundsatz aufgegeben, als ob eine derartige Verpflichtung aus dem § 1354 Abs. 1, Entscheidungsrecht des Mannes in allen das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten, sich ergebe. Es hat hier ausdrücklich die Anwendbarkeit des § 1354 verneint und anerkannt: die Frage, ob ein kranker Ehegatte eine Heilanstalt aufzusuchen hat, betrifft eine Sonderangelegenheit dieses Gatten und keine das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffende Frage. Die festgestellte Verpflichtung ergebe sich lediglich aus § 1353.

Beide Entscheidungen sind nach der hier vertretenen Auffassung über den Inhalt des Verurteilungsanspruchs und den Umfang des Rechtsschutzes der Herstellungsklage abzulehnen.

Es ist nicht abzusehen, inwiefern ein Ehegatte, der sich weigert, um seiner eigenen Gesundheit willen sich einem derartigen Heilverfahren, das möglicherweise eben wie jedes andere Heilmittel auch keine Heilung bringt, zu unterwerfen, eine Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten begehen sollte. Und das in solchem Masse, dass dem andern Gatten, der dieses Verlangen stellt, aus dieser Weigerung ein Scheidungsrecht erwachsen könnte: Krankheit eines Gatten ist kein Scheidungsgrund; aus § 1569 darf ebensowenig wie eine Pflicht zur geistigen Gemeinschaft die Pflicht eines Gatten abgeleitet werden, kein Heilmittel unversucht zu lassen, wenn eine Gefahr für seine geistige Gesundheit vorliegt.

Die Erkenntnisse wurden schon von anderer Seite kritisiert [45]). Laband (DJZ. 1903, S. 69) hat angeführt, der § 1353 kenne nur eine Klage auf Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft; es sei aber keine Herstellung des gemeinschaft-

45) So Dernburg IV, S. 103, Anm. 10. Sein Tadel der Anwendung des § 1354 in der Entscheidung von 1902 erledigt sich durch die neue Entscheidung von 1904.

Gegen jene Begründung hat sich neuerdings auch Neustadt, Eherecht (Berlin 1907), S. 203 gewendet, indem er anführte, die Art der Heilung der Ehefrau ist keine gemeinschaftliche Angelegenheit, mag sie auch tatsächlich in das Eheleben als solches eingreifen. Eine gemeinschaftliche Angelegenheit ist die Gesundheit der Frau; wie sich dieselbe aber Heilung von ihrem Leiden sucht, ist ihre private Angelegenheit.

Auch Seeler, Glossen zur Praxis des Reichsgerichts (Halle 1908), S. 111 hält eine derartige Verurteilung für unzulässig. Wenn sich die Frau vorsätzlich in einem krankhaftem Zustand erhält, um sich der Erfüllung ihrer Verpflichtungen zu entziehen, bleibt dem Manne nur das Scheidungsrecht übrig.

lichen Lebens, wenn der beklagte Gatte in einer Anstalt untergebracht werden solle. Auch könne die Anerkennung eines solchen Anspruchs zu grossen Härten führen.

Diese Bedenken sind nicht unberechtigt, doch könnte man ihnen entgegenhalten: es kommt natürlich auch hier auf den Endzweck an, und der ist die Wiederherstellung der Gemeinschaft nach erfolgter Heilung; begründete Aussicht auf Heilung lag ja nach dem Gutachten der Sachverständigen vor. Andererseits kann man nicht von zu grosser Härte sprechen, da ja jede Vollstreckungsmöglichkeit fehlt, und dass einem auf die Weigerung gestützten Scheidungsbegehren richterlicher Takt nicht entsprechen würde, ist selbstverständlich.

Durchaus berechtigt sind aber die Einwendungen Endemanns gegen die beiden Erkenntnisse. Er tadelt vor allem jenen Vergleich mit dem Recht der Schuldverhältnisse[46]). Diese Analogie passt nur insoweit, als es sich um spezifisch rechtliche Verpflichtungen handelt; das ist aber hier, wo die Freiheit der persönlichen Selbstbestimmung in Frage steht, gerade erst festzustellen. Man darf schwerlich so weit gehen, zu verlangen, dass jeder, der eine Ehe schliesst, mit Leib und Seele dem Ehezweck als Sklave verfallen ist, z. B. zur Kindererzeugung, Beseitigung der Konzeptionsunfähigkeit. In diese rein sittlichen Entschliessungen darf die Rechtsordnung nicht eingreifen[47]).

Diese Erwägungen sind ausschlaggebend. Der Zweck eines Urteils auf Herstellung ist doch der, zur Erhaltung der Gemeinschaft beizutragen. Ein derartiges Urteil, das den Ehegatten für unfähig erklärt, über sein eigenes Wohl und Wehe zu entscheiden, wird aber das gerade Gegenteil von dem bewirken, was es bezweckt; es wird das persönliche Empfinden des Beklagten aufs äusserste verletzen und die Erbitterung gegen den Kläger, „der ihn ins Irrenhaus sperren will", noch erhöhen. Damit aber wäre die Herstellung der Gemeinschaft in weite Ferne gerückt, wenn nicht auf immer ausgeschlossen.

II. Durchaus zu billigen ist dagegen die Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamburg[48]) vom 12. Juli 1897, wonach der

46) Die Ehe unterscheidet sich den gewöhnlichen societas und communio dadurch, dass sie nicht gekündigt werden kann (Jacobi).

47) Vgl. hierüber Davidson, Das Recht der Ehescheidung, Berlin 1900, S. 63, Anm.

48) SeuffArch. 54, Nr. 28.

Klage einer Ehefrau gegen den Ehemann stattgegeben wurde, die darauf gerichtet war, dass der Beklagte seine Haushälterin, mit der er im Konkubinat lebte, aus seiner Wohnung entferne.

Desgleichen ist es anzuerkennen, wenn dasselbe Gericht durch Erkenntnis vom 14. Juni 1901 [49]) aussprach: der Gatte hat ein im Rechtsweg verfolgbares Recht, dass ihm der andere Ehegatte über Entstehung und Charakter einer sich bei ihm zeigenden Geschlechtskrankheit verlässlichen Aufschluss gebe und zu dem Behufe den Arzt von seiner Schweigepflicht entbinde.

Das erstere Erkenntnis hatte sich allerdings unter der Herrschaft des gemeinen Rechts dahin entscheiden müssen, dass eine Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens nur auf Herstellung der äusseren ehelichen Gemeinschaft gerichtet werden könne und keineswegs einen positiven erzwingbaren Anspruch auf Wahrung der ehelichen Treue in sich schliesse, weil nach geltendem Rechte der Herstellunganspruch nicht erweitert werden könne zu einem Anspruch auf Erfüllung aller einzelnen aus der Ehe hervorgehenden Pflichten [50]).

Im neuen Recht ist aber jene Beschränkung der Herstellungspflicht weggefallen [51]), und vom heutigen Standpunkt aus ist eine Herstellungsklage, direkt auf Wahrung der ehelichen Treue gerichtet, nicht mehr ausgeschlossen. Heute wäre demnach kein Hindernis mehr vorhanden, die Entscheidung hierauf zu stützen.

Und dass in beiden Fällen dem Ehegatten ein Klagerecht vollwirksam zur Seite steht, ergibt sich aus der Erwägung, dass dem Kläger ein Scheidungsrecht schon erwachsen ist oder doch höchstwahrscheinlich erwachsen wird.

In neuester Zeit hat sich auch das Reichsgericht (Bd. 71, S. 85) über die Frage nach der Möglichkeit einer Klage auf Wahrung der ehelichen Treue, d. h. nach Unterlassung des Ehebruchs, dahin entschieden, dass eine solche Klage, die als gewöhnliche Unterlassungsklage angestellt war, zurückzuweisen sei, da ausserhalb des besonders geordneten Eheprozesses ein hierauf gerichteter bürgerlicher Rechtsstreit

49) R. d. OLG. **3**, S. 245.

50) Zu einer Verurteilung kam das Gericht auf Grund der Erwägung, der Ehemann müsse seine Wohnung zur Aufnahme der Frau geeignet machen. Vgl. SeuffArch. **44**, 27. 28.

51) Vgl. Hinschius im ArchCivPrax., Bd. **74**, S. 81.

nicht möglich sei. Damit ist eine dieses Ziel verfolgende Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens indirekt anerkannt.

B. § 7.

Die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens im einzelnen.

Ausser dem den rechtlichen Inhalt der Ehe im allgemeinen zum Ausdruck bringenden Grundsatz des § 1353 hat das geltende Recht zur Regelung des persönlichen Verhältnisses der Gatten im einzelnen noch weitere, die Organisation der Ehegemeinschaft betreffende Rechtssätze aufgestellt. So sprechen die §§ 1354 bis 1356 zunächst über die rechtliche Stellung des Mannes, sodann über die der Frau.

Diese Bestimmungen hängen aufs engste zusammen mit dem Grundsatz des § 1353, und es waren einst auch gegen ihre Aufnahme Bedenken erhoben worden, weil ausser den §§ 1355 und 1354 Abs. 1 Satz 2 — die als selbständige und direkte Rechtsfolgen angesehen werden sollten — alles von selbst aus dem Wesen der ehelichen Gemeinschaft sich ergebe, ohne dass man es im Gesetze besonders auszusprechen brauche [52]).

Wenn nun das Gesetz trotzdem zum Rechtsatz erhoben hat, dass der Mann die leitende Stellung in der Ehe hat oder haben soll, dass die Frau nicht nur die Pflicht hat, dem Hauswesen vorzustehen, sondern ihr ein Recht darauf zusteht, so ist die Frage, inwieweit diese Bestimmungen ihrerseits geeignet sind, selbständig die Grundlage einer Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens abzugeben.

Mit anderen Worten: Kann eine Herstellungsklage, welche aus dem Entscheidungsrecht des Ehemannes entspringt, oder welche die Ehefrau an ihre Hausleitungspflicht erinnern soll oder ihr das Hausleitungsrecht gewährleisten soll, mit Rücksicht auf den engen Zusammenhang der §§ 1354, 1356 mit dem allgemeinen Prinzip des § 1353 auch nur im Rahmen des § 1353, soweit nämlich eine Verletzung einer Rechtspflicht der Ehegemeinschaft in Frage kommt, geltend gemacht werden, oder aber soll sie den dort notwendigen Beschränkungen gerade deshalb nicht unterliegen, weil das Gesetz diese Rechte und Pflichten besonders hervorgehoben hat

52) Hinschius a. a. O. S. 80.

und gewissermassen dem allgemeinen Grundsatz, der allgemeinen Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft gegenüber als selbständige Verpflichtungen und Berechtigungen hingestellt hat?

§ 8.

Die Klage auf Grund des Entscheidungsrechts des Ehemanns nach § 1354.

I. Die Stelle spricht dem Mann als dem Haupt der ehelichen Gemeinschaft in allen das gemeinschaftliche Leben betreffenden Angelegenheiten, insbesondere bei der Bestimmung des Wohnorts, das Entscheidungsrecht zu. Hiezu gehören nicht nur Fragen sittlicher Natur, sondern alle die verschiedenen Fragen des täglichen Lebens, wie das gemeinschaftliche Leben einzurichten, und welche Aufwendungen dafür zu machen sind.

Daraus entspringt eine Pflicht der Ehefrau, der Entscheidung des Ehemanns Folge zu leisten, soweit sie sich nicht gemäss Abs. 2 als Missbrauch darstellt. Verletzt die Frau diese Pflicht, so ist das einzige Mittel, das dem Manne in die Hand gegeben ist, die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens[53]). Dies war einstens im Reichstag (vgl. die stenographischen Berichte S. 536, 551) bestritten worden und einerseits behauptet, für Streitigkeiten aus dem § 1354 sei das Vormundschaftsgericht zuständig, andererseits es sei jedes Eingreifen des Gerichts ausgeschlossen. Es hat diese Ansicht aber nirgends Anhänger gefunden, da sie sich in keiner Weise rechtfertigen lässt.

Die Ansprüche aus der Bestimmung des § 1354 sind nicht minder umfangreich wie diejenigen, die sich aus dem Grundsatz des § 1353 ergeben. Die Frage ist nur, in welchen Grenzen die Klage zulässig ist. Eine Beschränkung des ehemännlichen Rechts gibt das Gesetz insofern, als nur die das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Fragen Anlass geben können, den Prozessweg einzuschlagen. Das grosse Gebiet aller der das rein persönliche Leben der Frau betreffenden Fragen ist ehemännlicher Entscheidung entzogen[54]).

53) Staudinger, § 1354, S. 146; Opet, § 1354. Crome, Lehrbuch, S. 231, Note 7.

54) R. d. OLG. **15**, § 398: § 1354, Abs. 1 gibt dem Manne nicht das Recht, den Kurort für seine erkrankte Frau zu bestimmen. Entscheidung des OLG. Naumburg vom 26. II. 07. Vgl. Dernburg, § 32 III; Hörle S. 121; Staudinger S. 143; Opet S. 95; a. Ansicht Scherer, Komm. S. 62.

Freilich ist eine Grenzziehung in dieser Richtung nicht einfach, und die Meinungen über das, was das gemeinschaftliche eheliche Leben betrifft, gehen auseinander. Je inniger nämlich die Gemeinschaft ist, desto eher werden auch die rein persönlichen Angelegenheiten eines Gatten das gemeinschaftliche Leben beider berühren. Und so ist in der Tat die Ansicht vertreten worden, auch solche Angelegenheiten, die nur mittelbar das gemeinschaftliche Leben betreffen, unterstehen dem Entscheidungsrecht des Ehemanns [55]). Besonders weit geht Opet (bei Biermann § 1354, S. 95), wenn er sagt: „Gemeinschaftlich sind alle diejenigen Angelegenheiten des einen oder des andern Gatten, die nach irgendeiner Richtung hin das eheliche Leben zu beeinflussen geeignet sind. Und nicht nur Fragen untergeordneter Natur, wie die Einrichtung des häuslichen oder Erwerbslebens, des gesellschaftlichen Verkehrs, sondern ethische Angelegenheiten, künstlerische, literarische Betätigung der Frau, Pflege freundschaftlicher Verhältnisse unterstehen der Entscheidung des Mannes [55]) [56])."

Dass eine solche Ansicht nicht der Fassung und nicht der Absicht des Gesetzes entspricht, ist augenscheinlich. Dann ist die eheherrliche Gewalt in nichts mehr von der vom Gesetze ausdrücklich abgelehnten Mundialgewalt des Ehemanns über die Frau verschieden. Es ist dann eben bei der Innigkeit der Ehegemeinschaft kaum eine Angelegenheit denkbar, die nicht gemeinschaftlich wäre [57]). Es wäre zwecklos gewesen vom Gesetzgeber, die „Gemeinschaftlichkeit" besonders hervorzuheben; wenn er das gemeint hätte, dann hätte er ebensogut sagen können: Die Entscheidung in allen das eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten steht dem Manne zu.

Nur insofern wird man dieser Ansicht ein Zugeständnis machen dürfen, als man zugibt, dass eine Entscheidung des Ehemanns in einer das persönliche Leben der Frau betreffenden Angelegenheit dann zu rechtfertigen ist, wenn sie durch ein objektiv schutzwürdiges Interesse hervorgerufen ist. Ein solches kann z. B. vorliegen bei objektiv verdächtigem Verkehr der Frau

55) Cosack, Bürg. Recht, II. Bd., S. 493.

56) Ganz ähnlich Wulfert im SächsA., Bd. X, S. 7. Vgl. Giesker, Das Recht an der eigenen Geheimsphäre: über Brieföffnungsrecht (S. 64) und Goldmann in der DJZ. 1904, S. 63. Vgl. auch Scherer S. 62.

57) Vgl. auch RG. 59, 256.

mit anderen Männern[58]). Hier könnte also der Mann einen solchen Verkehr verbieten.

II. Der eheherrlichen Gewalt des Mannes gegenüber steht die Folgepflicht der Frau. Ist auch sie in vollem Umfange als Rechtspflicht anzusehen? Kann sie, d. h. ihre Verletzung in jeder Art den Mann berechtigen, im Prozessweg vorzugehen und eine Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens anzustellen?

Nach der allgemeinen Fassung des § 1354 scheint dem Manne allerdings, soweit in der Tat gemeinschaftliche Angelegenheiten in Frage kommen, ein unbeschränktes Entscheidungsrecht auch bei den geringfügigsten Fragen zuzustehen. Dem ist mit Recht von Dernburg entgegengehalten worden[59]), dass der Mann in Wirklichkeit Gefahr laufen würde, sich lächerlich zu machen, wenn er in Streitigkeiten über die kleineren Dinge des ehelichen Lebens seiner Frau mit dem § 1354 käme und sich mit ihr über dessen Sinn in spitzfindige Erörterungen einliesse oder gar auf sie zu wirken glaubte, wenn er in dieser Hinsicht ein nicht vollstreckbares Urteil auf Herstellung im Prozesswege erstreitet. Und es hiesse wahrhaftig mit der Justiz Spiel treiben, wenn man wegen derartiger Bagatellen den schwerfälligen Apparat der Herstellungsklage in Bewegung setzen dürfte.

An solche Konsequenzen hat das Gesetz nicht gedacht, als es die weitläufige Bestimmung des § 1354 traf, die eben auch nichts anderes ist, als § 1353: ein allgemeines Prinzip, ein leitender Grundsatz. Das ergibt sich aus dem im Gesetze selbst angeführten Beispiel: eine solch gemeinschaftliche Angelegenheit liegt vor bei Bestimmung des Wohnorts und der Wohnung. Damit ist ausgesprochen, dass ein im Klagweg verfolgbares Entscheidungsrecht überhaupt nur bei den wichtigeren Fragen des Ehelebens anzuerkennen ist.

Aus diesem Grunde muss auch hier der Herstellungsklage eine Schranke gezogen werden. Nicht überall, wo der Ehemann in einer gemeinschaftlichen Angelegenheit eine Entscheidung trifft, der die Frau, weniger weil sie überhaupt sein Entscheidungsrecht als vielmehr die Art und Weise der Entscheidung anzweifelt, nicht Folge leistet, kann der Ehemann auch zur Erhebung der Klage und der Richter zur Verurteilung auf Grund einer solchen Klage befugt sein.

58) Crome a. a. O. S. 231, 8.

59) Dernburg, Lehrbuch, IV. Bd., S. 101.

Der § 1353 verpflichtet die Gatten zur ehelichen Lebensgemeinschaft, d. h. er stellt fest, dass die beiden Kontrahenten des Ehevertrags aus der Eheschliessung eine Reihe von rechtlich relevanten Rechten und Pflichten übernehmen. Was das für Rechte und Pflichten sind, ergibt sich aus der sittlichen und rechtlich anerkannten allgemeinen Anschauung über das Wesen der Ehe. Dem Wesen der Ehe entspricht eine solche Organisation der Ehegemeinschaft, in der unter anderem der Mann ein Entscheidungsrecht in allen gemeinschaftlichen Angelegenheiten haben soll und — dies ist der Zweck der rechtlichen Anerkennung des sittlichen Grundsatzes in § 1354 — im Streitfalle auch soll zur gerichtlichen Entscheidung bringen können. Die eheherrliche Gewalt des Mannes ist nichts anderes als ein Begriffsmerkmal, ein Teil der ehelichen Lebensgemeinschaft. Sie ist letzterer gegenüber nicht etwas Selbständiges — und ist auch vom Gesetz nicht so aufgefasst worden —, sondern ist eben diese selbst in einer bestimmten Richtung hin.

So wenig demnach aus dem allgemeinen Prinzip des § 1353 einem Ehegatten ein unbeschränktes Klagerecht erwächst, sondern dieses richtigerweise nur bei Verletzung einer der Pflichten, die sich im Hinblick auf das Scheidungsrecht als wahre Rechtspflichten erweisen lassen, als gegeben erachtet wird, so wenig kann der Mann nur um deswillen, weil die Frau in einer gemeinschaftlichen Angelegenheit seiner getroffenen Entscheidung nicht Folge leistet, unbeschränkt die Herstellungsklage erheben.

Wenn also Opet [60]) mit Recht zu dieser Frage bemerkt: Die Weigerung der Frau, der Entscheidung des Mannes stattzugeben, bildet eine Verletzung der Gemeinschaftspflicht des § 1353 Abs. 1, die ihn zur Herstellungsklage ermächtigt mit einem der Sachlage entsprechenden Antrage, so ist das nach der hier vertretenen Auffassung von der Gemeinschaftspflicht dahin zu verstehen, dass der Richter einer auf § 1354 gestützten Klage auf Herstellung dann stattzugeben hat, wenn er zu der Überzeugung kommt, dass die Ehefrau mit ihrer Weigerung eine Pflichtverletzung begeht. Er darf nicht schon dann verurteilen, wenn er überzeugt ist, dass es sich um eine gemeinschaftliche Angelegenheit handelt, dass der Ehemann hierin eine Entscheidung getroffen hat, der zu folgen die Ehefrau sich grundlos weigert. Eine Pflichtverletzung ist die Weigerung der Ehefrau nur in dem Falle, dass die Frau durch die Art und Weise, durch die Intensität oder die

60) Opet im Kommentar von Biermann § 1354, S. 96.

Hartnäckigkeit ihrer Weigerung einem berechtigten, nicht missbräuchlichen Verlangen des Mannes gegenüber nach richterlicher Überzeugung die Befürchtung nahelegt, sie werde durch die Fortsetzung ihres Verhaltens eine so tiefe Zerrüttung der Ehe verschulden, dass dem Manne die Fortführung derselben nicht zugemutet werden kann. Danach wird ein Herstellungsurteil nur in solchen Fällen die ehemännliche Entscheidung unterstützen dürfen, wo die Forderung des Mannes sich auf die wichtigen Fragen des gemeinschaftlichen Lebens bezieht, denn nur eine Weigerung der Frau in solchen Fragen wird imstande sein, an dem Bestand der Ehe selbst zu rütteln. So aber wird ausgeschlossen, dass gerade die kleinen und kleinsten Dinge, die „tausendfältigen Fragen des täglichen Lebens", im Wege des Eheprozesses vor Gericht gezogen werden oder gar zu einer Verurteilung der ungehorsamen Frau führen können. Hierauf gerichtete Klagen würden als unzulässig abzuweisen sein. Dafür spricht auch das Beispiel des Gesetzes: § 1354 Abs. 1 Halbsatz 2. Ehemännlicher Entscheidung bei Bestimmung des Wohnorts Folge zu leisten, kann die Frau schon deshalb verurteilt werden, weil sie damit ihre Pflicht zur häuslichen Gemeinschaft verletzt und dem Kläger mit ihrer Weigerung einen Scheidungsgrund geben kann.

III. Anlässlich der Bestimmung des § 1389 BGB., nach der beim gesetzlichen Güterrecht der Mann den ehelichen Aufwand zu tragen hat, wurde mit Rücksicht darauf, dass nach § 1354 der Mann auch über die Notwendigkeit und den Umfang der den Zwecken der Ehegemeinschaft dienenden Aufwendungen zu entscheiden hat, von Planck (IV, S. 162) die Frage aufgeworfen, ob die Frau, wenn der Mann den ehelichen Aufwand zu dürftig bemisst, mit der Herstellungsklage eine den Verhältnissen der Gatten mehr entsprechende Gestaltung der ehelichen Lebenshaltung fordern könne.

Eine solche Klage, die am zweckmässigsten auf den § 1360 als Unterhaltsklage gestützt wird, sich jedoch als Herstellungsklage darstellt (vgl. unten § 13), kann der Frau jedenfalls dann nicht versagt werden, wenn ihr nicht länger zugemutet werden kann, eine solch dürftige Lebenshaltung zu führen [61]), aber auch hier nur unter der Bedingung, dass das Verhalten des Mannes ein der-

61) Ebenso bejahend Planck a. a. O.; Staudinger 3./4. Aufl. S. 231; a. A. Opet § 1389, Schmidt § 1389.

artiges ist, dass der Frau daraus ein relativer Scheidungsgrund voraussichtlich entstehen wird.

Wenn dagegen der Mann das eheliche Gemeinschaftsleben in einer über die Verhältnisse der Gatten hinausgehenden Art und Weise gestaltet und der hierfür gemachte Aufwand den Vermögensverhältnissen der Gatten nicht entspricht, soll nach Planck, Bem. 1, die Ehefrau mangelnden rechtlichen Interesses halber diesen Rechtsbehelf nicht haben. Diese Ansicht ist jedoch durchaus unhaltbar (vgl. Staudinger, 3./4. Aufl., S. 231), da der Mann durch seine Verschwendung nicht weniger wie durch seinen Geiz den Bestand der ehelichen Gemeinschaft gefährden kann. Auch hier ist der Ehefrau beim Vorliegen einer solchen Gefährdung die Herstellungsklage zuzubilligen.

§ 9.

Die Klage auf Namensführung: § 1355 BGB.

I. „Die Frau erhält den Familiennamen des Mannes." Der Namenserwerb vollzieht sich durch die Entstehung des Familienzusammenhangs. Dass die zur Ehe Verbundenen diese Einheit auch nach aussen durch Führung eines gemeinsamen Namens dokumentieren, ist für unser Rechtsbewusstsein selbstverständlich [62]). Durch die ausdrückliche Hervorhebung dieser Folge der Eheschliessung ist zum Ausdruck gekommen, dass der Ehefrau ein Recht und eine Pflicht zur Namensführung erwächst. Nach der allgemein herrschenden Ansicht [63]) steht den Gatten zur Durch-

62) Doch datiert die Sitte, dass die Frau den Namen des Mannes annimmt, erst aus dem 13. Jahrhundert, und selbst heute finden sich noch Ausnahmen, so auf den Azoren und im algäuischen Sonthofen. Vgl. Opet, ArchCivPrax. 87, S. 338 und Literatur daselbst.

63) So Planck § 1355, Staudinger § 1355, Opet (Biermann) § 1355: „Die unzulässige Führung eines anderen als des Mannesnamens bildet eine Verletzung der Gemeinschaftspflicht des § 1353 Abs. 1, die zur Herstellungsklage berechtigt." Ferner Schmidt (Hölder) § 1355; Endemann S. 312; Neumann, Handausgabe § 1355; Wieruszowski § 3; Haidlen S. 44; Süpfle, Das Namenrecht nach dem BGB. S. 30; Schmidt und Habicht, Familienrecht S. 153; Hörle, Archiv für Bürg. R. Bd. 31, S. 124; Wulfert, Sächs. Archiv X, S. 10; Seuff. ZPO. § 606, S. 175. Vgl. auch Staudinger in Bl. für RA. 62, S. 165; Nippold im Sächs. Archiv I, S. 371; Fischer-Henle § 1355.

setzung dieses Rechts und dieser Pflicht die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens zur Verfügung.

Seuffert[64]) hatte allerdings hiergegen Bedenken erhoben, ob derartige Streitigkeiten als solche über Herstellung des ehelichen Lebens zu betrachten seien, und hatte erklärt, man tue dem Ausdruck „Herstellung des ehelichen Lebens“ Gewalt an, wenn man eine Klage auf Namensführung darunter begreife. Er hat sich jedoch auf Grund der Erwägung, dass die Führung eines gemeinsamen Namens doch wohl zum ehelichen Leben gehöre, der herrschenden Lehre angeschlossen.

Im Gegensatz zu sämtlichen Schriftstellern hat Wetzel a. a. O. S. 78 die Meinung vertreten, die Namensführung gehöre nicht zur ehelichen Gemeinschaft, da § 1353 Abs. 2 dem Ehegatten die ausnahmslose Befugnis gewähre, die Herstellung der Gemeinschaft zu verweigern, folglich unter diesen Begriff nicht Dinge fallen, die nicht verweigert werden können. Und für den Fall des § 1355: „Nicht verweigern kann die Frau die Führung des Mannesnamens, weder wenn sie scheidungsberechtigt ist, noch weil der Mann sein Recht missbrauche. Die Verpflichtung zur Führung des Mannesnamens hat mit der ehelichen Gemeinschaft gar nichts zu tun, sie ist vielmehr eine selbständige, unmittelbar aus der Ehe fliessende Pflicht; sie entsteht vor der Lebensgemeinschaft im Momente, wo der Standesbeamte die Verlobten für rechtmässig verbundene Eheleute erklärt. — Andererseits überdauert die Führung des männlichen Namens die eheliche Gemeinschaft. Auch wenn die Gatten getrennt leben und wenn die Frau Scheidung verlangen kann, behält sie den Mannesnamen. Bedient sie sich eines anderen vor einem zuständigen Beamten, so wird sie nach § 360 Ziff. 8 RStGB. bestraft.

Der Mann kann bis zum letzten Moment der Ehe, auch wenn er sie gebrochen hat, auf Führung seines Namens gegen die Frau klagen. Diese Klage ist keine Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens und unterliegt keineswegs den Vorschriften der Zivilprozessordnung über Ehesachen, die hier ebensowenig wie der Ausschluss der Vollstreckbarkeit ihre Berechtigung hätten.“

Wie verfehlt eine Schlussfolgerung aus dem Abs. 2 § 1353 auf den Umfang der im Abs. 1 erwähnten ehelichen Gemeinschaft ist, ist schon oben aufgezeigt worden (§ 1). Auch hier gilt, dass jenes

64) Seuff. ZPO. S. 175, 8. Aufl. S. 182.

einredeweise Verweigerungsrecht natürlich nur insoweit gegeben ist, als überhaupt eine Verweigerung in Betracht kommen kann.

Das eheliche Namensrecht hat, wie von Wetzel nicht beachtet wird, zwei Seiten. Dieses Recht unterscheidet sich von den meisten übrigen Gemeinschaftsrechten der Ehe dadurch, dass es nicht allein die Eheleute angeht, sondern auch die Interessen Dritter berührt [65]). Die Allgemeinheit hat an der richtigen Benennung des Individuums zwecks seiner Unterscheidung von anderen ein erhebliches Interesse, so dass die Namensführung nicht — allein — als eine interne Angelegenheit der Gatten betrachtet werden kann. Die Führung des Mannesnamens ist die Verlautbarung des Bestehens der ehelichen Gemeinschaft nach aussen, und diese Kundgebung nach aussen ist sogar die weit wichtigere Seite der Namensführung, der gegenüber die interne Seite stark zurücktritt [66]).

Nun ist aber klar, dass sich dieses Recht im Verhältnis der Gatten zueinander nicht anders behandeln lässt wie ein Verhältnis nach aussen. Zufolge der überwiegenden Bedeutung der letzteren Seite aber kann es sich nicht darum handeln, die für das interne Verhältnis vorgesehene Bestimmung des § 1353 Abs. 2, das Verweigerungsrecht des missbrauchbetroffenen oder scheidungsberechtigten Ehegatten, Platz greifen zu lassen, wenn das stärkere öffentliche Interesse es verbietet.

So hat sich Thiesing a. a. O. für den Fall der Nichtigkeit der Ehe dahin entschieden, dass es a n s i c h nicht zweifelhaft sein könne, dass die Einrede des Missbrauchs gemäss § 1353 Abs. 2 dem Verlangen nach Namensführung entgegengesetzt werden könne, da die Ausübung von tatsächlich nicht bestehenden Rechten, deren Nichtexistenz nur einstweilen nicht berücksichtigt werden darf, in dieser Zwischenzeit als Rechtsmissbrauch anzusehen ist, — dass jedoch eine solche Einrede deshalb ausgeschlossen sei, weil eben das öffentliche Interesse die Kundbarmachung der Ehe so lange erfordere, als sie zu Recht bestehe. Im übrigen aber erkennt er durchaus an, dass trotz des Fehlens des Verweigerungsrechts die Namensführungspflicht eine Folge der Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft ist und im internen Verhältnis durch die Klage auf Herstellung des chelichen Lebens geltend gemacht wird.

65) Thiesing im „Recht“ 1905, S. 613. Dies trifft aber auch bei der Schlüsselgewalt zu. Vgl. auch Thiesing, Die Wirkung nichtiger Ehen, München 07.

66) Vgl. Süssheim in den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts von Gruchot, 43. Jahrgang, S. 579.

Es ist jedoch nicht einmal nötig, die Möglichkeit eines Verweigerungsrechts durchaus in Abrede zu stellen[67]). Der § 1355 hindert die Frau nicht, neben ihrem Namen im Rechtssinn noch einen Künstlernamen oder Schriftstellerinnennamen beizubehalten oder sich beizulegen[68]). Wäre es der berühmten Sarah Bernhard eingefallen, etwa zu Berlin den Friedrich Wilhelm Schultze zu ehelichen, wäre es da kein Missbrauch des Gatten, zu verlangen, sie solle sich überall als Frau Schultze ausgeben?

Es ist klar, dass die Ehefrau, die ein berechtigtes Interesse an der Weiterführung ihres früheren Namens hat, unter Umständen berechtigt sein kann, dem Verlangen des Mannes, seinen Namen zu führen, nicht Folge zu leisten[69]). Man darf ihr ein solches Recht jedenfalls nicht aus dem Grunde absprechen, weil der § 1355 keinen dem § 1353 und dem § 1354 entsprechenden Abs. 2 aufweise[70]). Eine solche Bestimmung konnte der Gesetzgeber füglich weglassen, weil immerhin die Fälle, in denen das Verlangen nach Namensführung sich als Missbrauch darstellen kann, sehr selten sind. Im übrigen aber ist die Bestimmung des § 1353 die Grundlage aller Einzelbestimmungen über die persönlichen Folgen der Eheschliessung, so auch des § 1355, und es ist überhaupt festzustellen, dass alle die sich aus der Eheschliessung ergebenden Rechte ganz allgemein nur insoweit den Schutz des Gesetzes geniessen, als sie nicht missbraucht werden[71]).

Auf Grund dieser Erwägungen ist festzustellen, dass, selbst wenn es richtig wäre, dass zur ehelichen Lebensgemeinschaft nur Dinge gehören, die verweigert werden können, doch die Namensführung nicht aus den ehelichen Gemeinschaftspflichten gestrichen werden darf, da sie unter Umständen verweigert werden kann. Soweit sie aber nicht verweigert werden kann, ist es allein die Rücksicht auf das öffentliche Interesse, die dies gebietet und infolgedessen eine solche Verweigerung auch im Innenverhältnis der Gatten nicht gestattet.

---

67) Der Mann darf die Frau nicht hindern, seinem Namen ihren Mädchennamen hinzuzufügen, wenn sich sein Verlangen, dies zu unterlassen, als Missbrauch seines Rechtes darstellt. (Sächs. Ministerium der Justiz und des Innern 14. Sept. 08 1. Febr. 09, abgedr. bei Warneyer, 8. Jahrgang, S. 172 zu § 1355.)

68) Wulfert im SächsArch. X. S, 8.

69) Planck zu § 1355.

70) So scheinbar Wieruszowski a. a. O. § 3.

71) Wulfert, SächsArch. X, S. 6.

Den Ausschluss der Herstellungsklage bei der Namensführung folgert Wetzel ferner daraus, dass jene Pflicht mit der ehelichen Gemeinschaft gar nichts zu tun habe, denn sie sei eine selbständige, unmittelbar aus der Ehe fliessende Pflicht; sie entstehe v o r der ehelichen Gemeinschaft im Moment der Eheschliessung und überdauere andererseits die eheliche Gemeinschaft (s. oben).

Auch diese Ausführungen sind unhaltbar. Man höre hierzu schon die Motive[72]), die sich deutlich genug aussprechen, dass es eine natürliche F o l g e der Innigkeit und der das ganze Leben umfassenden Bedeutung der ehelichen Gemeinschaft ist, dass beide Ehegatten denselben Familiennamen führen. Die Ehefrau ist diesen Namen zu führen nicht nur berechtigt, sondern, wie sich a u s d e m P r i n z i p e des § 1272 — jetzt 1353 — e r g i b t, auch verpflichtet, so dass der Ehemann, wenn die Frau diese Verpflichtung verletzen sollte, gegen die letztere geeignetenfalls auf Herstellung des ehelichen Lebens zu klagen berechtigt ist.

Die Selbständigkeit der Pflicht zur Namensführung, von der Wetzel spricht, ist in Wirklichkeit nichts anderes als die öffentlichrechtliche, externe Seite dieser Pflicht. Nach aussen hin ist freilich die Namensführung unabhängig davon, ob die Eheleute in ehelicher Lebensgemeinschaft leben oder nicht. Die Frau führt den Namen auch dann, wenn sie vom Manne getrennt lebt und wenn sie scheidungsberechtigt ist. Ja, die externe Seite der Namensführung zeigt sich auch darin, dass sogar nach Aufhören der ehelichen Gemeinschaft, n a c h d e r S c h e i d u n g, die Frau grundsätzlich den Namen des Mannes behält (§ 1377 BGB.). Ist sie hierzu nicht befugt, weil sie allein für schuldig erklärt ist (Abs. 3 des § 1577), so kann der Mann ihr im Klagewege die Führung seines Namens untersagen. Diese Klage ist dann eine normale Unterlassungsklage nach § 12 BGB.[73]), denn jetzt ist die Grundlage für jede Herstellungsklage, die Ehe, nicht mehr vorhanden, und Kläger und Beklagte stehen sich als gewöhnliche Parteien im Rechtsstreit gegenüber.

Solange aber die Ehe besteht, haben sich die Parteien, wenn sie Recht und Pflicht auf Namensführung durchsetzen und damit eine

72) Motive IV, S. 106.

73) Planck, Kommentar § 1577 Ziff. 6; Loewenfeld im Kommentar von Staudinger, 3./4. Aufl., I. Bd., S. 92, 5a. Diese Klage ist auch gegeben, wenn die Frau vom Manne das Recht zur Führung ihres früheren Familiennamens als Zusatz zum ehelichen Namen verlangt (Staudinger a. a. O. S. 9).

aus der ehelichen Lebensgemeinschaft entspringende Rechtspflicht verfolgen wollen, der hierfür bereitgestellten Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens zu bedienen. Denn die Namensführung ist eine Folge und eine Rechtspflicht der Ehegemeinschaft; sie ist gerade die allererste Folge, die sofort auch nach aussen hin verlautbart, dass zwischen den Gatten die eheliche Lebensgemeinschaft eingetreten ist; sie entsteht nicht vor der ehelichen Lebensgemeinschaft, sondern mit ihrem Beginn.

Es ist deshalb nicht zutreffend, wenn Engelmann[74]) anführt, dass der Frau auch gegenüber dem Manne nicht nur die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens, sondern auch die Klage aus § 12 zu gewähren sein werde. Dagegen kann man zugeben, dass die Frau dann aus § 12 klagen kann, wenn ihr der Mann das Recht, neben ihrem ehelichen Namen ein Pseudonym als Künstlerin oder Schriftstellerin zu führen, grundlos bestreitet[75]). In diesem Fall klagt ja die Frau nicht aus einer Rechtspflicht der Ehegemeinschaft.

Dem Urteil auf Grund der Herstellungsklage zur Namensführung fehlt freilich die Vollstreckbarkeit; für Erfüllung dieser Pflicht sind nötigenfalls die Normen des öffentlichen Rechts anzurufen, da die ausschliessliche Führung des Mädchennamens durch die verheiratete Frau als Namensänderung zu betrachten ist, welche nicht nur unbefugt, sondern überhaupt unzulässig ist[76]).

II. Auch hier taucht die Frage auf, ob das Recht und die Pflicht zur Führung des ehemännlichen Namens unbeschränkt im Wege der Herstellungsklage verfolgt werden kann, oder ob ein Klagrecht nur dann gegeben ist, wenn die Verletzung dieser Ehepflicht den Bestand der Ehe zu schädigen droht. Zweifellos gibt es Fälle, in denen die Unterlassung oder Untersagung der Namensführung zwar unberechtigt ist, aber die eheliche Gemeinschaft der Gatten nicht weiter gefährdet und auch voraussichtlich in Zukunft nicht gefährden wird. — Soll man in Fällen der letzteren Art konsequenterweise eine Herstellungsklage auf Namensführung nicht zulassen? Doch wohl nicht. Vielmehr wird hier der einzige Fall gegeben sein, in dem man der herrschenden Meinung über den Umfang der Herstellungsklage ein Zugeständnis machen darf. Die eigenartige Stellung der Vorschrift des § 1355

74) Staudinger, 5./6. Aufl., Familienrecht, I. Teil, S. 147.
75) Staudinger, Allg. Teil, 3./4. Aufl. S. 92.
76) Staudinger, Allg. Teil, 3./4. Aufl. S. 82.

unter den Bestimmungen des persönlichen Eherechts, die selbständige Hervorhebung dieser ganz speziellen Pflicht rechtfertigt in der Tat eine abweichende Behandlung. Denn die Vorschrift des § 1355 erfordert nicht, wie die übrigen, entweder nur ein Prinzip zum Ausdruck bringenden oder doch sehr allgemein gehaltenen Vorschriften des persönlichen Eherechts eine ähnliche Beschränkung wie diese. Hier ist nicht zu befürchten, dass mit der Herstellungsklage Missbrauch getrieben werde, da in allen Fällen ein berechtigtes Interesse jedes Gatten an der Führung des ehemännlichen Namens durch die Frau vorliegen wird.

Danach ist ausnahmsweise für den Fall des § 1355 anzuerkennen, dass die Klage auf Namensführung den sonst nötigen Beschränkungen der Herstellungsklage nicht unterliegt. Vorausgesetzt also, dass das Verlangen des Klägers kein missbräuchliches ist, kann auf Namensführung im Weg der Herstellungsklage stets geklagt werden, ohne Rücksicht darauf, in welcher Weise die Verletzung dieses Rechts oder dieser Pflicht auf den Bestand der Ehe einwirkt.

§ 10.

Die Klage auf Hausleitung und Haushaltsarbeit: § 1356 BGB.

I. In der ehelichen Gemeinschaft kommt dem Ehemanne zwar auch in den das Hauswesen betreffenden Angelegenheiten nach § 1354 Abs. 1 das Entscheidungsrecht zu; die Frau kann aber beanspruchen [77]) und ist verpflichtet, im Hauswesen eine leitende und, wo nötig, mithelfende Stellung einzunehmen. So stellt § 1356 den Grundsatz auf: „Die Frau ist, unbeschadet der Vorschriften des § 1354, berechtigt und verpflichtet, das Hauswesen zu leiten.“ Für Ehen jedes Standes gilt diese Hausleitungspflicht. Eine Pflicht zu Arbeiten im Hauswesen oder im Geschäfte des Mannes ist nur da anerkannt, wo die Vermögensverhältnisse der Gatten eine solche Tätigkeit erfordern (§ 1356 Abs. 2).

Zur Verwirklichung dieser Ansprüche dient beiden Teilen die Herstellungsklage [78]). Klageweise kann also verlangt werden:

77) Die älteren Gesetzgebungen ALR. II, 194; Sächs. BGB. § 1631; Österr. GB. § 92 hoben nur die Hausleitungspflicht hervor.

78) Staudinger § 1356 S. 150; Schmidt (Kommentar von Hölder) § 1356; Planck § 1356; Neumann, Handausgabe § 1356; Haidlen, Lehrbuch S. 49

die Frau zu verurteilen, das gemeinschaftliche Hauswesen zu leiten bzw. eine gewisse, als Ausfluss der Hausleitungsgewalt erforderliche Anordnung zu treffen. Klagend kann verlangt werden auch andererseits, den Mann zu verurteilen, eine gewisse, die Hausgewalt beeinträchtigende Massregel zu unterlassen; ferner: die Frau zu verurteilen, eine Arbeit oder überhaupt Arbeit im Hauswesen zu leisten, wie dies den Verhältnissen der Gatten entspricht[79]).

II. Zuwiderhandlungen gegen die Hausleitungsgewalt oder die Arbeitspflicht verletzen in den häufigsten Fällen die Gemeinschaftspflicht des § 1353 Abs. 1. Sollte die Frau sich weigern, das Hauswesen zu leiten oder nicht darin zu arbeiten, wo sie verpflichtet ist, so ist eine Rechtspflicht der ehelichen Gemeinschaft verletzt. Aber bei der allgemeinen Fassung des Gesetzes und in Berücksichtigung des Umstandes, dass nicht nur ein allgemeiner Verstoss hiergegen klageberechtigt machen soll, sondern auch spezielle Zuwiderhandlungen, muss auch hier festgehalten werden, dass n i c h t j e d e r V e r s t o s s dem betroffenen Gatten ein Klagerecht gibt.

Nicht nur kann dem Verlangen, irgendeine Massregel zu ergreifen oder zu unterlassen, irgendeine Arbeit zu leisten, die allgemeine Einwendung entgegengesetzt werden, das Verlangen sei missbräuchlich, sondern auch in den Fällen, wo das Verlangen zwar an sich nicht unberechtigt ist, weil es der gesetzlichen Bestimmung entspricht, darf dem betroffenen Gatten nicht allgemein ein Klagerecht zugestanden werden; auch hier dürfen Lappalien, bei denen sich der Richter sagen muss, dass der, wenn auch unberechtigte Ungehorsam des andern Gatten noch lange keine Zerrüttung der ehelichen Verhältnisse hervorzubringen imstande sei, nicht im Prozesswege verfolgt werden. Die ausserordentlich vielseitigen einzelnen Rechte und Verpflichtungen, die sich aus dem Recht und der Pflicht zur Hausleitung und Haushaltsarbeit ergeben, können nur insoweit den Inhalt eines Herstellungsurteils bilden, als der erkennende Richter unter Berücksichtigung der gesamten Verhältnisse, insbesondere des Standes und der sonstigen Lebensgewohnheiten der Gatten, zu der Überzeugung gelangt, dass die

Anm. 29; Wieruszowski § 3; Jakobi S. 61 ff.; Endemann S. 313; ebenso Crome, LB. S. 235. Wetzel § 5; Hörle S. 126; Wulfert S. 10; Seuff. ZPO. zu § 606. — Motive S. 107. —

79) Opet (Kommentar von Biermann) § 1356.

Befolgung des klägerischen Begehrens durch den Beklagten für den Bestand der ehelichen Gemeinschaft von erheblicher Bedeutung sei.

III. Aus der Hausleitungspflicht der Ehefrau hat das Reichsgericht die Rechtspflicht derselben abgeleitet, gegen Unzuchtsbetrieb im Hause aufzutreten [80]). Ob auch dem Manne gegenüber eine privatrechtliche Pflicht dieser Art konstruiert werden kann, die er mit der Herstellungsklage zur Entscheidung zu stellen vermag, ist für den Fall unbedenklich zu bejahen, dass der Unzuchtsbetrieb das eheliche Verhältnis zu stören geeignet ist.

IV. Nach geltendem Rechte ist die Ehefrau weder durch die Ehe noch durch das in der Ehe bestehende Güterrecht gehindert, ohne Einwilligung des Mannes selbständig ein Erwerbsgeschäft zu betreiben. Der Betrieb eines solchen Geschäfts wird in den meisten Fällen das gemeinschaftliche eheliche Leben nicht unberührt lassen. Soweit die Frau dadurch ihren aus § 1353 Abs. 1 und § 1356 sich ergebenden Verpflichtungen entzogen wird, kann ihr der Mann den Fortbetrieb des Geschäftes gemäss § 1354 untersagen [81]). Dernburg freilich hat die Ansicht vertreten [82]), zu den gemeinschaftlichen Angelegenheiten gehöre die selbständige Fortsetzung eines bisher von der Frau betriebenen Erwerbsgeschäfts nicht und unterliege so nicht dem Entscheidungsrecht des Mannes. Das ist jedoch nicht begründet. Gemeinschaftliche Angelegenheit ist freilich der Geschäftsbetrieb nicht, aber um so mehr der Verkehr und das Verhalten der Gatten zueinander, welches der Geschäftsbetrieb beeinflusst; eine gemeinschaftliche Angelegenheit ist es, wenn das Geschäft die Frau derart in Anspruch nimmt, dass von einem ehelichen Leben nur noch der Name übrigbleibt [83]).

Gefährdet der Geschäftsbetrieb der Frau das eheliche Leben ernstlich, so dass die Gefahr des Entstehens eines relativen Scheidungsgrundes heraufbeschworen wird, so ist dem Mann die Herstellungsklage zu geben [84]). Über die Geltendmachung des ehe-

80) DJZ. Bd. X, S. 412; RG. in GoldtammersArch. 53, 104.

81) Staudinger, 5./6. Aufl., S. 146.

82) DJZ. 1902, S. 468; Lehrbuch § 34, IV.

83) Gegen Dernburg Dr. Winter in der DJZ. XI, S. 316: „Das wäre einer zukünftigen, wohl auch wünschenwerten Entwicklung vorausgeeilt."

84) Staudinger S. 146; Planck zu § 1356; Neumann, HA. § 1356; Wieruszowski § 4; vgl. auch Frankenburger in HoldheimsMSchr. 8, 68 ff.; Buchka in DJZ. VI, 422; Schefold im ArchCivPrax. 91, S. 154; Staub, Kommentar zum HGB., 8 Aufl., I, S. 21, Anm. 64.

männlichen Rechts hat sich auch das Reichsgericht — E. 59, S. 32 — dahin ausgesprochen, dass der Mann zwar seine Einwilligung versagen oder der Frau den Betrieb verbieten könne. „Schliessen kann er ihr das Geschäft nicht, er kann auch nicht auf Unterlassung klagen, er kann, um seinen Willen zur Geltung zu bringen, nur die Klage gemäss § 1354 erheben.“ (Vgl. auch RG. in Strafs. 35, 397.) Oder vielmehr aus § 1356: Denn nicht, weil die Ehefrau der ehemännlichen Entscheidung nicht Folge gibt, sondern weil sie in den meisten Fällen damit ihre Hausfrauenpflichten vernachlässigt, wird der Richter einer Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens stattgeben. Aber immer muss auch hier die Verletzung der Pflichten eine derartige sein, dass sie ehezerstörend wirkt, sonst ist ein Rechtsschutzbedürfnis nicht vorhanden.

§ 11.

Die Herstellungsklage bei der Schlüsselgewalt: § 1357 BGB.

I. Um der Frau die Durchführung ihrer Hausleitungspflicht zu ermöglichen, gewährt ihr § 1357 die sog. Schlüsselgewalt: Die Frau ist berechtigt, innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises die Geschäfte des Mannes für ihn zu besorgen und ihn zu vertreten. Die Frau erhält damit einen Anspruch darauf, im Verhältnis nach innen als mit der Vornahme der fraglichen Geschäfte für den Mann Beauftragte aufzutreten, nach aussen hin, dieselben im Namen des Mannes vorzunehmen.

Freilich ist dieses Recht der Ehefrau kein absolutes wie etwa das Hausleitungsrecht. Dem Ehemann ist vielmehr freigestellt, dasselbe jederzeit zu beschränken oder ganz auszuschliessen (§ 1357 Abs. 2 Satz 1). Wie sich die Frau gegen eine ungerechtfertigte Beschränkung schützen könne, darüber bestanden schon bei der Beratung des Gesetzes verschiedene Ansichten.

Nach dem I. Entwurf sollte zur Entscheidung über eine missbräuchliche Ausübung der Befugnis des § 1357 Abs. 2 überhaupt nur das Prozessgericht zuständig sein, an welches sich die Frau mit der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens wenden sollte (Mot. IV, S. 119). Durch die II. Kommission wurde jedoch das Vormundschaftsgericht für zuständig erklärt. Man hatte erwogen, dass das Hereinziehen des Gerichts zur Schlichtung ehelicher Zwi-

stigkeiten in mannigfacher Beziehung als misslich erscheine. Indessen sei es nicht angängig, der Frau den gerichtlichen Schutz vollständig zu versagen, wenn der Mann das Schlüsselrecht in missbräuchlicher Weise beschränke, denn es könne in dem Verhalten des Mannes eine tiefe Kränkung für die Frau liegen. Nach Lage der Verhältnisse werde aber regelmässig das Vormundschaftsgericht besser in der Lage sein, der Frau zu ihrem Rechte zu verhelfen, als das Prozessgericht; die bei dem letzteren anzustellende Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens sei auf solche Fälle berechnet, in welchen durch das Verhalten des einen Teils die eheliche Gemeinschaft vollständig unmöglich gemacht oder aufgehoben sei. Hier aber handle es sich um Fälle, in denen das Zusammenleben nicht aufgehoben, sondern durch das Verhalten des Mannes gestört werde. Für solche Fälle erscheine das einfachere Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit besser geeignet (Prot. IV, S. 108).

Anerkannt wurde aber, dass durch die Zuständigkeitserklärung des Vormundschaftsgerichts die Herstellungsklage nicht ausgeschlossen werde, zumal da auch Fälle denkbar seien, wo sie am Platze sei.

Diese Ansicht der II. Kommission hat jedoch im Gesetze selbst keinen Ausdruck gefunden, indem hier lediglich ausgesprochen ist, dass die Ehefrau das Vormundschaftsgericht anrufen kann, wenn sich die Beschränkung oder Ausschliessung ihrer Schlüsselgewalt als Missbrauch des Rechts des Mannes darstellt. Ist damit ausgesprochen, dass eine Anrufung des Prozessgerichts in jedem Falle ausgeschlossen ist?

Diese Ansicht ist im Anschluss an den Text des Gesetzes vielfach vertreten worden. So halten Crome, Dernburg, Endemann, Jacobi, die Kommentare von Gaupp-Stein, Seuffert jede Anrufung des Prozessgerichts im vorliegenden Falle für unmöglich. Die Bestimmung des Gesetzes (§ 1357 Abs. 2 und FGG. § 53 I S. 1) verbiete jedes streitige Verfahren. Nach ihrer Ansicht darf die Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit durch Urteil im Streitverfahren nicht präjudiziert werden, sonst könnte das Gesetz den Zweck, den es mit dieser Regelung verfolgt, nicht erreichen. Die Herstellungsklage ist hiernach wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs ausgeschlossen. Die oben erwähnte Äusserung der Protokolle wird nicht für ausschlaggebend erachtet. Wie Seuffert meint, beruht diese Bemerkung auf einem Rechtsirrtum: Wo Rechtshilfe im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit gegeben ist, ist die

streitige Gerichtsbarkeit ausgeschlossen. Auch Dernburg hält die Ansicht, dass Herstellungsklage zulässig sei, für höchst bedenklich: „es könne nicht die Absicht des Gesetzes sein, mit der Justiz Spiel treiben zu lassen. Man sieht nicht ein, was eine Herstellungsklage nützen soll; das wären, meint er, höchst weitläufige, kostspielige, unsichere, zwecklose, geradezu unglaubliche Prozeduren."

Die herrschende Meinung (so Planck, Staudinger, Opet, Wieruszowski, Haidlen, Hörle u. a.) erkennt jedoch an, dass bei Beschränkung der Schlüsselgewalt der Frau nicht nur der Weg des Vormundschaftsgerichts offensteht, sondern dass die Frau auch das Prozessgericht anrufen kann. So ist insbesondere Planck (§ 1357 Ziff. 5) dafür eingetreten, dass die Anrufung des Prozessgerichts eine Erleichterung bilde für die Lösung des ewigen Zirkels, der dadurch entsteht, dass der Mann den Ausschluss oder die Beschränkung der Schlüsselgewalt im Güterrechtsregister eintragen lässt, diese Massregel zwar vom Vormundschaftsgericht wieder aufgehoben, aber vom Manne sofort die Eintragung einer neuen Beschränkung beantragt wird [85]). „Wird dann der Mann verurteilt, der Frau die Schlüsselgewalt ungeschmälert zu überlassen, so enthält das Urteil zugleich die Verpflichtung, den Eintrag im Güterrechtsregister löschen zu lassen. Einem neuen Antrag des Mannes, meint Planck, muss jedoch der Registerrichter trotz ergangenen Urteils entsprechen. Allein der Frau wird durch das Urteil die Möglichkeit einer Scheidung nach § 1568 erleichtert."

Doch ist dies keine Lösung der Frage, wie sich die Frau gegen die Beschränkung der Schlüsselgewalt schützen könne; denn mit dem Scheidungsrecht sie trösten, heisst nicht ihr zum Rechte verhelfen. Im übrigen ist nicht abzusehen, warum die Frau nicht das Prozessgericht im Wege der Herstellungsklage — wenn deren Voraussetzungen vorliegen — soll angehen können, den Mann zu verurteilen, Anträge beim Registerrichter auf Ausschluss oder Beschränkung der Schlüsselgewalt in Zukunft zu unterlassen.

II. Die Frage, ob neben der Anrufung des Vormundschaftsgerichts im Falle der Beschränkung der Schlüsselgewalt auch der Prozessweg zulässig sei, ist im Sinne der herrschenden Meinung

85) Die Ansicht Dernburgs (§ 33, Ziff. 3) und Endemanns (§ 170, Anm. 29), dass der Beschluss des Vormundschaftsgerichts so lange wirksam sei und aufrechterhalten bleibe, als er nicht wegen veränderter Verhältnisse auf Antrag des Mannes vom VG. wieder aufgehoben sei, lässt sich vom jetzigen Standpunkt des Gesetzes kaum begründen. Derselben Ansicht wie Dernburg auch Crome S. 148, Note 5.

zu bejahen, und zwar aus folgendem Grunde: die beiden Rechtsbehelfe können nebeneinander bestehen, weil sie ganz verschiedene Voraussetzungen haben.

Das Vormundschaftsgericht soll angerufen werden, wenn es sich handelt um einen Streit der Ehegatten über den Umfang der Schlüsselgewalt, inwiefern ein gewisses Verhalten der Frau oder gewisse äussere Verhältnisse den Mann berechtigen, die gesetzliche Geschäftsbesorgungs- und Vertretungsbefugnis seiner Frau einzuschränken oder ganz auszuschliessen. Hier wird in den meisten Fällen eine Herstellung des ehelichen Lebens gar nicht in Frage stehen, sondern der Mann, durch den Beschluss des Vormundschaftsgerichts über die Unrechtmässigkeit und Missbräuchlichkeit seines Vorgehens belehrt, wird sich mit dessen Entscheidung zufrieden geben. Ganz anders geartet sind aber jene Fälle, wo das eheliche Leben der Gatten durch wiederholte und trotz Aufhebung durch das Vormundschaftsgericht immer wieder erneute Beschränkungen des Schlüsselrechts zerrüttet ist oder zerstört zu werden droht, oder wo die Ausschliessung der Schlüsselgewalt nur eine der vielen, aber vielleicht die einzige im Rechtsweg erwehrbare Schikane des Mannes gegen die Frau ist.

Was sollte in solch unerträglichen Zuständen die Anrufung des Vormundschaftsgerichts nützen? Was könnte der Schiedsspruch des Vormundschaftsrichters dem schwer gekränkten Gatten helfen? Ihm handelt es sich dann nicht mehr darum, ob jene Beschränkung wieder einmal aufgehoben wird oder nicht, sondern hier muss es ihm möglich sein, dieses ganze eheliche Leben richterlicher Beurteilung zu unterbreiten, das der andere Gatte durch die fortgesetzten beschämenden Beschränkungen zerstört hat.

Auch Crome, der im übrigen wie Dernburg und Endemann auf entgegengesetztem Standpunkte steht, muss anerkennen, dass es Fälle gibt, „in denen die Sache über die schiedsrichterliche Behandlung hinauswächst".

Danach ist festzuhalten, dass es auch bei Streitigkeiten um die Schlüsselgewalt möglich ist, das Prozessgericht mit der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens anzugehen. Aber auch hier muss dieser Klage die Schranke gezogen werden, die für sie im allgemeinen gilt. Das Gericht muss die Überzeugung erlangen, dass der Mann mit seinem Verhalten rechtspflichtverletzend in das eheliche Leben eingegriffen hat, dass er im Begriffe ist, das eheliche Leben in einer Weise zu zerrütten, dass der Frau ein Schei-

dungsrecht erwachsen muss, wenn er dieses Verhalten fortsetzt. Kommt aber das Gericht zu dieser Ansicht, dann hat es dem Klagebegehren zu entsprechen und nicht etwa den Kläger auf den Weg des schiedsrichterlichen vormundschaftsgerichtlichen Verfahrens zu verweisen; hiermit würde es die Absicht des Gesetzgebers, der für die Normalfälle des § 1357 Abs. 2 die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts unter ausdrücklicher (Prot. IV, S. 108) Anerkennung von Ausnahmen eingeführt hat, aufs schwerste verkennen [86]).

§ 12.

Die Herstellungsklage im Falle persönlicher Dienstleistungen der Frau: § 1358 BGB.

I. Der Grundsatz der ehelichen Lebensgemeinschaft erheischt es, dass die Frau nicht Verpflichtungen eingeht, wodurch die Rechte des Mannes auf ihre Person und ihre Mithilfe im ehelichen Haushalt verletzt werden (§§ 1353, 1356). Ein solches, dem Ehezweck schädliches Verpflichtungsverhältnis kann der Mann nach eingeholter Ermächtigung seitens des Vormundschaftsgerichts ohne Frist dem Leistungsempfänger gegenüber kündigen (§ 1358 Abs. 1). Freilich hilft eine solche Kündigung ihm dann nichts, wenn die Frau trotzdem ihre Dienstleistungen fortsetzt.

Obgleich nun § 1358 dem Manne nur ein Kündigungsrecht gibt, über gegenseitige Verpflichtungen der Ehegatten bezüglich der Übernahme von persönlichen Dienstleistungen durch die Frau sich aber nicht ausspricht, ergibt sich aus der allgemeinen Vorschrift des § 1353 verbunden mit der vorliegenden Bestimmung die Möglichkeit einer klageweisen Verfolgung der ehemännlichen Rechte im Wege der Herstellungsklage [87]). Er kann die Klage

86) Die an diese Gesetzesbestimmung sich anschliessende Streitfrage, ob die Frau zur Leitung des gemeinsamen Hauswesens und zur Ausübung ihres Schlüsselrechts von dem Manne einen entsprechenden Geldvorschuss verlangen kann, Haushaltungs- oder Wirtschaftsgeld, ist in der Rechtsprechung verschieden beantwortet worden. Es stehen sich die Entscheidungen R. d. OLG. 5, 395 und 6, 155 gegenüber. Die Mehrzahl der Schriftsteller steht in Übereinstimmung mit der ersteren Entscheidung auf bejahendem Standpunkte. — Was hier allein interessiert, ist die Tatsache, dass jenes Recht **nicht** im Wege der Herstellungsklage geltend gemacht wird, so Planck IV. S. 102, 5; Hörle S. 172. Anderer Ansicht scheinbar Staudinger § 1360, 8, S. 167.

87) So Staudinger zu § 1358, S. 160; Planck § 1358; Opet § 1358; Wieruszowski § 5; Hörle S. 153, Crome S. 237; Haidlen S. 48, Anm. 26 a. E. meint, dass

auch schon dann erheben, wenn die Frau seinem Verbot zuwider solche persönlichen Dienstleistungen übernimmt und er von seinem Kündigungsrecht noch keinen Gebrauch gemacht hat, weil er erwarten muss, die Frau werde ihre Tätigkeit trotz Kündigung fortsetzen. Dabei ist es natürlich unerheblich, ob die Tätigkeit der Frau am selben oder an einem anderen Orte als dem Aufenthaltsort des Mannes stattfindet [88]). Denn Voraussetzung für die Klagerhebung ist für alle Fälle, dass die eheliche Lebensgemeinschaft durch die Tätigkeit der Frau notleidet, und es ist zweifellos, dass hier der Ort der Beschäftigung der Frau keine Rolle spielt.

II. Ein entsprechendes Kündigungsrecht wie dem Manne hat das Gesetz der Frau nicht gegeben, wenn der Ehemann durch persönliche Dienstleistungen die eheliche Gemeinschaft verletzt, z. B. durch Übernahme von Schiffsdiensten, Teilnahme an einer mehrere Jahre dauernden Südpolexpedition, Übernahme eines Engagements als Zirkusclown durch den hierzu nicht durch Not gezwungenen, einem der sozial höher bewerteten Stände angehörenden Mann. In solchen Fällen, bei denen es natürlich darauf ankommt, dass nicht Not oder Beruf das Verhalten des Mannes rechtfertigen, bleibt der Ehefrau gleichfalls nur die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens, um den Mann an seine Gemeinschaftspflicht zu erinnern [89]).

III. Wenn es der Frau möglich sein soll, sich, ohne eine Kündigung seitens des Mannes befürchten zu müssen, zu persönlichen Dienstleistungen zu verpflichten, so muss der Mann sein Einverständnis dazu erklären. Es sind Fälle denkbar, bei denen der Mann seine Zustimmung grundlos verweigert; diesen Missbrauch des ehemännlichen Rechtes braucht sich die Frau nicht gefallen zu lassen. Deshalb ist ihr durch § 1358 Abs. 2 das Recht gewähr-

---

die Frau, trotz der Kündigung des Mannes ihre Tätigkeit fortsetzend, ein neues Vertragsverhältnis eingeht, welches der Mann wiederum nach § 1358 beseitigen kann. — Das wäre doch höchst unzweckmässig. Denn der Mann hat ja gesehen, dass die Frau einer Kündigung keine Folge leistet; sollte er dasselbe noch einmal riskieren? Hier bleibt nur die Herstellungsklage. So auch von Lilienthal H. 28, S. 53 der Leonhardschen Studien zur Erläuterung des Bürgerl. Rechts, Breslau 1908.

88) A. A. Hachenburg, Das BGB. für das Deutsche Reich, Vorträge, 2. Aufl. Mannheim 1900, S. 380.

89) Staudinger § 1358; Opet § 1358; Neumann, HA. § 1358; Wulfert, SächsA. S. 15; Hörle S. 159.

leistet, das Vormundschaftsgericht anzurufen und durch dieses die Zustimmung des Mannes ersetzen zu lassen.

Auch hier taucht die Frage auf, ob die Frau nicht statt der Anrufung des Vormundschaftsgerichts mit der Herstellungsklage vorgehen kann, um den Mann zur Zustimmung anzuhalten[90]). Doch werden in den seltensten Fällen die Voraussetzungen der Klage gegeben sein: es handelt sich wahrlich nicht um Herstellung der ehelichen Gemeinschaft, wenn die Frau verlangt, einem andern persönliche, ihre Person, Zeit, Arbeitskraft mehr oder weniger in Anspruch nehmende Dienste leisten zu dürfen. Die Weigerung des Mannes, seine Zustimmung zu geben, mag im einzelnen Falle wohl unpraktisch und ungerechtfertigt sein, keineswegs begeht aber er eine Ehepflichtverletzung, wenn er der Frau ihre Tätigkeit nicht gestatten will, und kaum jemals wird der Richter zu der Überzeugung kommen, ein solches Verhalten des Mannes könne einen Scheidungsgrund abgeben.

IV. Es kann vorkommen, dass die Frage, ob ein gewisses Verhalten eines Gatten bei der Übernahme von persönlichen Diensten die ehelichen Interessen verletzt, sowohl vom Vormundschaftsgericht als vom Prozessgericht entschieden wird. Dass bei der Entscheidung der Prozessrichter nicht an die Würdigung des Vormundschaftsrichters gebunden ist, ist ohne Frage.

Es ist nur soviel festzustellen: Der Mann kann in den sämtlichen, überaus mannigfaltigen Fällen von persönlichen Dienstleistungen der Frau stets das Vormundschaftsgericht um Ermächtigung zur Kündigung ersuchen, mag die Beeinträchtigung der ehelichen Gemeinschaft noch so geringfügig sein; desgleichen kann die Frau vom Vormundschaftsgericht stets Ersetzung der Zustimmung des Mannes zur Übernahme einer Dienstverpflichtung verlangen. Im Eheprozess ein auf Grund einer Herstellungsklage ergangenes obsiegendes Urteil kann aber ein Gatte nur dann erwarten, wenn er nachweist, dass der andere mit seinem Verhalten eine Rechtspflicht der Ehegemeinschaft verletzt.

Wie im übrigen, so hält besonders hier Dernburg (IV, S. 112) die Herstellungsklage für praktisch bedeutungslos. „Wenn die Ehe einmal so zerrüttet ist, dass dem andern Gatten die Fortsetzung nicht zugemutet werden kann, so bleibt ihm nur noch die

90) Dafür Staudinger IV, S. 160, b; Wieruszowski S. 31. Nr. 34, Haidlen S. 47. Anm. 24; Hörle S. 158; anderer Ansicht Meisner S. 68, Anm. 2.

Scheidungsklage[91]).“ Dem ist nur soviel zu entgegnen, dass eben in vielen Fällen überhaupt kein anderer Rechtsbehelf übrig ist, als die so „bedeutungslose“ Herstellungsklage; was könnte denn die Frau, deren Mann sich zu Diensten verpflichtet, anderes tun, als das Prozessgericht anrufen[92])? Mit der Möglichkeit einer Scheidung ist ihr nicht geholfen; wenn sie den Mann auf seine ehelichen Pflichten hinweisen will, will sie nicht geschieden sein.

§ 13.

Die Klage auf Unterhalt: §§ 1360, 1361 BGB.

I. Die eheliche Lebensgemeinschaft bringt es mit sich, dass die Gatten sich gegenseitig Unterhalt gewähren, und zwar soll der Mann der Frau nach seiner Lebensstellung, seinem Vermögen und seiner Erwerbsfähigkeit, die Frau dem Manne, falls er sich nicht selbst unterhalten kann, nach seiner Lebensstellung, ihrem Vermögen und ihrer Erwerbsfähigkeit in der durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen Weise Wohnung, Verköstigung u. a. bieten. Ausnahmsweise kann die Unterhaltspflicht auch in anderer Form erfüllt werden, nämlich dann, wenn die Gatten getrennt leben und einer von ihnen die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft mit Recht, d. h. weil das Herstellungsbegehren des andern Gatten missbräuchlich wäre, oder weil er scheidungsberechtigt ist, verweigert. In diesem Falle erschöpft sich die Unterhaltspflicht in der Gewährung einer Geldrente: §§ 1360, 1361 BGB.

Die gesetzliche Unterhaltspflicht der Ehegatten ist eine der personenrechtlichen, einen Teil der ehelichen Lebensgemeinschaft bildenden und aus ihr entspringenden Wirkungen der Eheschliessung. Dies spricht Art. 199 des EG. zum BGB. ausdrücklich aus: „Die persönlichen Rechtsbeziehungen, insbesondere die gegenseitige Unterhaltspflicht bestimmen sich usw.“, während für das frühere Recht allerdings das Reichsgericht durch Urteil vom 18. Oktober 1894 (E. 34, 370) ausgesprochen hatte, dass die Klage der Frau gegen den Mann auf Bezahlung von Alimenten nicht zu den Ehe-

91) Vgl. auch Hachenburg, Vortr. S. 110.

92) Vgl. Dernburg, Familienrecht. S. 9. „Der Mann hat kein rechtlich wirksames Mittel, die Frau an persönlichen Dienstleistungen zu verhindern.“ Immerhin ist eine Klage, auch wenn sie nicht vollstreckbar ist, noch wirksamer als gar kein Behelf.

sachen gehöre. Auch die Motive (IV, S. 123, 126) heben ausdrücklich hervor, dass die gegenseitige Unterhaltspflicht der Ehegatten aus der Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft entspringt, während sie es andererseits für selbstverständlich halten, dass die Klage auf Unterhaltsgewährung von dem gesetzlichen Vertreter des geschäftsunfähigen Ehegatten erhoben werden könne, was für die Herstellungsklage durch § 612 Abs. 2 Satz 2 ZPO. ausgeschlossen ist. Desgleichen erklärt der § 1345 BGB. die Unterhaltspflicht der Ehegatten als einen Ausfluss ihres Verhältnisses in vermögensrechtlicher Beziehung, ebenso das Urteil des Reichsgerichts vom 9. November 1900 (DJZ. 1901, S. 98).

Nach alledem muss es zweifelhaft erscheinen, ob die Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs von einem Gatten gegen den andern als eine im Eheprozess erfolgende Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens anzusehen ist, oder ob es sich hiebei um eine gewöhnliche Leistungsklage handelt.

II. In der Wissenschaft gehen die Ansichten auseinander; von keiner Seite allerdings wird die Ansicht vertreten, dass dem klagenden Ehegatten n u r der Weg der Herstellungsklage offenstehe. Im einzelnen ist die Lage des Streitfalls folgende:

1. Planck, Schmidt (bei Hölder), Haidlen, Wetzel, Hörle, die Kommentare von Gaupp-Stein, Seuffert u. a. sind der Ansicht [93]), die Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs trete, trotzdem es sich dabei um eine Folge der persönlichen Rechtsbeziehungen der Gatten handle, doch nur auf dem Gebiete des Vermögensrechts in die Erscheinung, und ihr Gegenstand sei nur eine vermögensrechtliche Leistung; deshalb sei keine Herstellungsklage, sondern eine gewöhnliche Leistungsklage anzustrengen. Wetzel (a. a. O. § 4, Ziff. 4) verneint die Möglichkeit der Herstellungsklage deshalb, weil die Unterhaltspflicht nicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft gehöre, da alles, was zur ehelichen Lebensgemeinschaft gehöre, von dem missbrauchbetroffenen oder scheidungsberechtigten Gatten verweigert werden könne (§ 1353 Abs. 2). Nun könne aber kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung der scheidungsberechtigte Gatte die Unterhaltsgewährung nicht verweigern (§ 1361), sonach könne

93) So besonders auch Scheppler, Die Alimentationspflicht des Ehegatten, München 1909, S. 40, und Endemann, § 171, Ziff. 1, S. 320: keine Herstellungsklage, weil es sich um eine gesetzliche Schuldverbindlichkeit handelt. Ferner OLG. Braunschweig in Rspr. d. OLG. 18, S. 262.

die Unterhaltspflicht nicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft gehören und sei demnach auch nicht mit der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens geltend zu machen.

Was zunächst diese letztere Meinung angeht, so ist demgegenüber schon mehrfach betont worden, dass es unrichtig ist, eine Ehepflicht deshalb aus dem Umfang der ehelichen Gemeinschaft zu streichen, weil sie nicht verweigert werden kann. Dass die Unterhaltspflicht wie die anderen Ehepflichten eine Rechtspflicht der Ehegemeinschaft ist, wird auch von denen anerkannt, welche die Möglichkeit einer Herstellungsklage hier leugnen, weil nach ihrer Ansicht der vermögensrechtliche Charakter im Vordergrund steht. (Planck, Haidlen.) Es ist allerdings richtig, dass der missbrauchbetroffene und scheidungsberechtigte Gatte, der von seinem Recht, die eheliche Gemeinschaft zu verweigern, insofern Gebrauch macht, als er die häusliche Gemeinschaft verweigert, zwar berechtigt ist, die Ehegemeinschaft im ganzen Umfange ausser eben der Unterhaltspflicht zu verweigern; dass er aber gerade diese nicht verweigern kann, ergibt sich aus dem besonderen Charakter der Unterhaltspflicht. Denn sie kann von dem Unterhaltspflichtigen in zweierlei Weise erfüllt werden, entweder, wie es die Regel ist, durch Gewährung von Naturalunterhalt in der durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen Weise, oder im Falle getrennten ehelichen Lebens durch Leistung einer Geldrente.

Es hätte dem Gesetzgeber gewiss freigestanden, dem scheidungsberechtigten Ehegatten das Recht zu geben, die Unterhaltsleistung zu verweigern. Dass er das an sich dem Ehegatten gemäss § 1353 Abs. 2 zustehende Recht für den Fall der Unterhaltsgewährung nicht zugelassen hat, entspricht der eigenartigen Gestaltung dieser Ehepflicht. Das Gesetz hat eine Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft, auch was die Unterhaltspflicht angeht, zwar insofern gestattet, als der missbrauchbetroffene und scheidungsberechtigte Gatte, wenn er die häusliche Gemeinschaft verweigert, damit auch den andern Gatten nicht an seinem Tisch zu dulden braucht, m. a. W., er darf die normale Form der Unterhaltsgewährung, § 1360 Abs. 3, verweigern und braucht nur eine Rente zu zahlen. Und dass ein solcher Gatte seine Unterhaltspflicht nicht ganz verweigern kann, ergibt sich aus Billigkeitsgründen schon deshalb, weil der Scheidungsberechtigte, solange er nicht unter Gebrauchmachung seines Scheidungsrechts den andern von den Fesseln dieser verunglückten Ehe entbindet, ihm damit die Ge-

legenheit nimmt, sich durch anderweitige Verheiratung unterhaltsberechtigt zu machen.

Kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung kann also entgegen der Regel des § 1353 Abs. 2 die Pflicht der Unterhaltsgewährung nicht vollständig verweigert werden. Trotzdem ist sie eine Rechtspflicht der Ehegemeinschaft, gehört zu derselben und ist ein Teil von ihr.

2. Nach der anderen Ansicht, vertreten von Staudinger, Opet (bei Biermann)[94]) und Wieruszowski[95]) soll lediglich entscheidend sein, ob die Klage darauf gestützt ist, dass der andere Ehegatte die Gemeinschaftspflicht verletze. Dies sei regelmässig dann der Fall, wenn auf Grund des § 1360 geklagt werde, z. B. mit der Behauptung, die zur Verfügung gestellte Wohnung sei gesundheitsschädlich, die gereichte Nahrung sei ungenügend. In diesem Falle handle es sich um eine Herstellungsklage, die den prozessrechtlichen Sondervorschriften unterliege. Dagegen liege eine gewöhnliche Klage vor, wenn gemäss § 1361 Zahlung einer Geldrente oder Herausgabe von Gegenständen beansprucht werde, da ja der aus § 1361 klagende Gatte selbst anerkenne, dass er oder der andere Gatte zur Verweigerung der Herstellung des ehelichen Lebens berechtigt sei.

Wieruszowski führt hiezu noch weiter aus: Unzweifelhaft handle es sich im Falle des § 1361 nicht um eine Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens, während bei § 1360 in der Tat die Gemeinschaftspflicht des § 1353 verletzt sei. Allein auch hier komme es auf den Inhalt des geltendgemachten Anspruchs an. Auch die Unterhaltspflicht, die in der durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen Weise zu erfüllen ist, umfasse Leistungen, die sich unabhängig von dem Bestehen oder Nichtbestehen der ehelichen Lebensgemeinschaft verwirklichen lassen. Dahin gehören vor allem die Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung, z. B. wenn die Frau im Rahmen des § 1360 Abs. 3 Geldmittel zur Bestreitung ihrer Toilette, Badereise u. dgl. fordere. Derlei Ansprüche werden immer im Wege des ordentlichen Prozessverfahrens

94) Opet scheint jedoch wahlweise die Klage im ordentlichen Verfahren zuzulassen. „Die Erhebung der Herstellungsklage ist wegen Nichtvollstreckbarkeit nicht zu empfehlen."

95) Staudinger 5./6. Aufl., S. 167; Opet § 1360, 7. b; Wieruszowski § 9, S. 128; ähnlich R. Schmidt, Nachtr. z. CP., S. 37; Urteil OLG. Kassel vom 18. April 1901 (Rspr. OLG. 2, S 368). Eccius in DJZ. VI, 110.

zu fordern sein, und Urteile können vollstreckt werden. Wo aber Unterhaltsleistungen gefordert werden, die sich nur in Verwirklichung rechten ehelichen Zusammenlebens erfüllen und gar nicht anders als mittels eines Zwanges zur Herstellung des ehelichen Lebens vollstrecken lassen, könne der Berechtigte nur mit der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens vorgehen. Gesetzt, die unterhaltspflichtige Frau untersage dem bei ihr lebenden Manne die Teilnahme an den gemeinsamen Mahlzeiten und stelle ihm nur die Geldmittel zur Beköstigung zur Verfügung, so stünde dem Manne, um die Teilnahme an dem gemeinsamen Tisch zu erreichen, nur die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens zu. Leiste die Frau dem Urteil keine Folge, so könne der Mann Scheidung verlangen oder sich trennen und die Geldrente des § 1361 ansprechen.

Es ist Wieruszowski zuzugeben, dass allerdings bei den nur mittelbar aus § 1360 entspringenden Ansprüchen von einer Herstellungsklage keine Rede sein kann.

III. 1. Um zur Lösung der Frage zu gelangen, soll untersucht werden, ob sich nicht aus dem Gesetze selbst Anhaltspunkte dafür ergeben, in welcher Richtung die Lösung zu suchen ist.

Was den scheinbaren Widerspruch zwischen einzelnen Stellen in den Motiven und dem Gesetze angeht, so kann daraus ein Nachweis dafür, dass der Gesetzgeber zur Geltendmachung der Unterhaltspflicht die Herstellungsklage ausschliessen wollte, nicht erbracht werden.

Dass die Unterhaltspflicht aus dem sittlichen Wesen der Ehegemeinschaft entspringt, ist nicht zu bezweifeln. Sie ist eine Folge der persönlichen Gemeinschaft, und dem widerstreitet es nicht, dass im Widerspruch zu EG. Art. 199 der § 1345 die Unterhaltspflicht zum Verhältnis der Ehegatten in vermögensrechtlicher Beziehung rechnet. In beiden Gesetzesbestimmungen handelt es sich eben, wie auch die erwähnte Entscheidung des Reichsgerichts (DJZ. 1901, S. 98) betont, um einen Anspruch aus einem nicht vermögensrechtlichen, d. i. personenrechtlichen Verhältnis, das eine vermögensrechtliche Leistung zum Gegenstand hat[96]).

Nun könnte man allerdings aus den Motiven IV, S. 110 (Besprechung des § 1276 des I. Entwurfs) schliessen wollen, der Ge-

96) Vgl. Scheppler a. a. O. S. 1 und 2, über die Doppelnatur der Unterhaltspflicht zwischen dem Ehegatten: „Während der Ehe überwiegen die persönlichen, nach der Ehe die vermögensrechtlichen Normen."

setzgeber habe bei Geltendmachung der Unterhaltspflicht die Möglichkeit einer Herstellungsklage nicht in Betracht gezogen. Wenn dort bei Begründung der — für das Bürgerliche Gesetzbuch vorgesehenen, jetzt in die Zivilprozessordnung aufgenommenen — Vorschrift: die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens könne nicht von dem gesetzlichen Vertreter des geschäftsunfähigen Gatten erhoben werden, gesagt wird, es sei selbstverständlich, dass die Klage auf Unterhaltsgewährung trotzdem von dem gesetzlichen Vertreter eines solchen Gatten erhoben werden könne, so wäre freilich im Hinblick auf den jetzigen § 612 Abs. 2 Satz 2 der ZPO. eine Herstellungsklage ausgeschlossen. Die Motive haben jedoch ausdrücklich den Fall im Auge, dass der andere Gatte die Herstellung des ehelichen Lebens verweigert. Zwar kannte der I. Entwurf keine dem § 1361 BGB. entsprechende Bestimmung. Diese Vorschrift, ehemals § 1281 a, ist erst durch die Kommission für die zweite Lesung eingeführt worden — vgl. Prot. IV, S. 109 —, hatte also keine besondere Bestimmung für die Gewährung des Unterhalts im Fall der Verweigerung der Gemeinschaft. Deshalb könnte man meinen, der Gesetzgeber habe für die Geltendmachung der Unterhaltspflicht überhaupt die Herstellungsklage ausschliessen wollen. Die Bemerkung in den Motiven darf jedoch nicht in dieser Weise aufgefasst werden. Vielmehr wollten die Redaktoren des Gesetzes gerade diesen Fall als einen selbstverständlichen Ausnahmefall hervorheben. Hier gerade handelt es sich nicht um die höchstpersönliche Herstellung ehelichen Lebens, hier wo einem geschäftsunfähigen, also geisteskranken oder geistesgestörten Gatten der andere die Gemeinschaft verweigert. Man hielt es für natürlich, dass hier niemand daran denke, mit einer Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens vorzugehen und anerkannte damit die Regel, dass überall da, wo es sich um höchstpersönliche Forderungen und Leistungen handelt, wie sie gerade in der Vorschrift: „der Unterhalt ist in der durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen Weise zu leisten" enthalten sind, die für alle Ehepflichten und so auch für diese bereitgestellte Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens einzutreten habe. Eben wegen der Besonderheit dieser Fälle, in denen der andere Gatte die Herstellung der Gemeinschaft mit Recht verweigern darf, ist dann auch in das geltende Recht als § 1361 eine besondere Bestimmung aufgenommen worden, die analog der Unterhaltspflicht der Gatten im Falle der Scheidung oder der Auf-

hebung der ehelichen Gemeinschaft (§§ 1578, 1580 BGB.) geregelt ist.

2. Die Rechtsprechung hat sich, soweit ersichtlich, noch nicht direkt, sondern nur gelegentlich mit der vorliegenden Frage beschäftigt.

So hat bei Gelegenheit einer Erörterung über die Voraussetzungen des § 577 ZPO. alter Zählung das Reichsgericht (Bd. 34, S. 370) sich dahin ausgesprochen, dass der Unterhaltsanspruch nicht zu den Ehesachen im Sinne der Zivilprozessordnung gehöre, wonach also eine Herstellungsklage nicht gegeben wäre. Doch ist auch hier nur der Fall gemeint, dass die getrennt lebende Frau die Bezahlung von Alimentengeldern verlangt, also wiederum nur das Gebiet des jetzigen § 1361. In diesem Falle soll es sich nicht um „eigentliche" Ehesachen handeln, was durchaus anzuerkennen ist. Ferner hat das Reichsgericht bei einer Entscheidung über den Begriff des vermögensrechtlichen Anspruchs im Sinne des § 23 GVG. (vgl. DJZ. 1901, S. 97) ausgesprochen, dass man im Sinne jenes Paragraphen unter einem vermögensrechtlichen Anspruch nicht nur alle Ansprüche und Rechtsverhältnisse aus Vermögensrechten verstehe, sondern auch Ansprüche aus nicht vermögensrechtlichen Verhältnissen, sofern sie eine vermögensrechtliche Leistung zum Gegenstand haben. Und ferner: der Anspruch auf Unterhalt zwischen den Ehegatten verliere dadurch, dass er mit der Gestattung des Getrenntlebens im Zusammenhang steht, noch nicht seinen Charakter eines vermögensrechtlichen.

Allein es ist aus dieser Bezeichnung des Unterhaltsanspruchs als einer vermögensrechtlichen schon deshalb nichts für die Beantwortung der vorliegenden Frage zu entnehmen, als es sich wiederum nur um den Fall des Getrenntlebens der Gatten handelt, wo allerdings „die vermögensrechtliche Seite der Unterhaltspflicht überwiegt".

Das Gesetz selbst hat für einen bestimmten Fall der Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs den Weg des Eheprozesses vorgesehen, nämlich beim Scheidungsverfahren. Hier kann das Ehegericht gemäss § 627 ZPO. die Unterhaltsgewährung im Wege der einstweiligen Verfügung regeln. Ob während eines Scheidungsverfahrens diese Regelung die einzig mögliche ist, ist streitig geworden. Durch eine Entscheidung im 49. Band, S. 379 ff. hat jedoch das Reichsgericht ausgesprochen, auch während des Scheidungsverfahrens könne der Unterhaltsanspruch im Wege der ordentlichen Klage verfolgt werden.

Auch hier also handelt es sich um den Fall der Unterhaltsgewährung durch Rentenzahlung bei Getrenntleben der Gatten, der Fall des § 1360 BGB. ist nicht damit getroffen. Für den Fall des § 1361 allerdings scheint das Reichsgericht an die Möglichkeit einer Herstellungsklage nicht zu denken.

Erst in neuester Zeit hat sich eine Hamburger Entscheidung vom 22. Mai 1909 (HansGZ. 1909, Bl. 187) dahin ausgesprochen, dass der Mann der Frau neben dem Naturalunterhalt auch einen Barbetrag zur Verfügung stellen müsse, und dass diese Pflicht nur mit der Herstellungsklage verfolgt werden könne. Damit hat das Gericht ausgesprochen, dass überhaupt für den § 1360 die Herstellungsklage Anwendung finde.

IV. Es ist im Wesen der Ehegemeinschaft als der innigsten Gemeinschaft zwischen zwei Personen begründet, dass sich die Gatten gegenseitig Beistand, Hilfe und Unterstützung in jeder Beziehung gewähren. Es ist selbstverständlich, dass aus der Ehegemeinschaft auch die gegenseitige Unterhaltspflicht entspringt, und dass sie eine der hauptsächlichsten Rechtspflichten eines Gatten gegen den andern ist. Ja sie kann überhaupt nur durch rechtes eheliches Zusammenleben verwirklicht werden, denn es ist zu ihrer richtigen Erfüllung nötig, dass die Gatten in steter Haus- und Haushaltungsgemeinschaft leben, während viele sonstige Rechtspflichten der Ehegemeinschaft auch erfüllbar sind, wenn die Gemeinschaftlichkeit zu wünschen übrig lässt.

Grundsätzlich ist deshalb festzustellen, dass auch die Pflicht zur Gewährung des Unterhalts als eine Rechtspflicht der Ehe mit dem für die Geltendmachung dieser Pflichten bereitgestellten Rechtsbehelf, nämlich der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens geltendgemacht werden muss. Zweifellos muss danach ein Gatte, dem der andere die Gewährung des Unterhalts verweigert, ohne zugleich mit Recht die häusliche Gemeinschaft zu verweigern, im Eheprozess gegen den anderen vorgehen. Und hier können die allermannigfachsten Fälle des nicht, nicht richtig gewährten Unterhalts und was dieser alles in sich schliesst, wie z. B. Krankheits- und Kurkosten, den Anlass zur Herstellungsklage geben. Aber auch hier ist festzustellen, dass einer Klage nur dann eine Verurteilung folgen darf, wenn nach Ansicht des Richters so wichtige Ehefragen auf dem Spiele stehen, dass das Verhalten des Beklagten die Ehe zerrüttet hat oder zerrütten wird.

Dass eine Vollstreckung der Verurteilung ausgeschlossen ist, hat wie bei Geltendmachung der übrigen Ehepflichten auch hier seine Berechtigung. So wenig man heutzutage einen Gatten zwingen kann, in die Ehegemeinschaft zurückzukehren, so wenig kann man ihn zwangsweise zur Gewährung von Unterhalt in der durch die Ehegemeinschaft gebotenen Weise anhalten. Gerade aus dem Grundsatz der Unerzwingbarkeit der Herstellungsklage (§ 888 Abs. 2 ZPO.) ergibt sich, dass im Falle des § 1360 BGB. nicht eine normale Leistungsklage, sondern eine Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens angestellt werden muss. Denn bei einer gewöhnlichen Klage müsste ja ein Urteil dahin ergehen, dass der beklagte Ehegatte im Zwangswege angehalten werde, den Kläger zwecks Unterhaltsgewährung in die häusliche Gemeinschaft aufzunehmen. Einen Zwang hiezu verwirft aber das geltende Recht.

Die Pflicht zur Unterhaltsgewährung unter den Ehegatten wird mit der Herstellungsklage geltend gemacht: das ist die Regel. Im Verhältnis zu den übrigen Ehepflichten hat aber die Unterhaltspflicht einen besonderen Charakter. Dieser zeigt sich einmal darin, dass dem Scheidungsberechtigten, der im übrigen die eheliche Gemeinschaft in ihrem ganzen Umfange verweigern darf, keine Unterhaltsverweigerung möglich ist. Ja, noch mehr; obwohl die Unterhaltspflicht mit der Eheschliessung entsteht und auf deren Bestehen sich gründet, fällt sie gleichwohl nicht mit deren Aufhebung. Auch nach Scheidung der Ehe bleiben die Gatten, und zwar der schuldige Teil dem unschuldigen, unterhaltsverpflichtet. So § 1578 BGB. Hier wie im § 1361 derselbe Grundgedanke: die gegenseitige Unterhaltspflicht ist eine so wichtige Ehefolge, dass sie nicht mit Aufhören der Ehegemeinschaft ohne weiteres auch aufhören würde. Wer die Ehegemeinschaft verweigert und hiezu berechtigt ist, zahlt oder erhält trotzdem Unterhalt in Form einer Rente; wessen Ehe ohne seine Schuld geschieden wird, dem bleibt trotzdem das Recht auf Unterhalt, das er sich durch seine Verheiratung erworben, ungeschmälert.

Dass nach Scheidung der Ehe gegen einen Gatten, der die Rentenzahlung verweigert, im Wege der gewöhnlichen Klage mit Zwangsvollstreckung vorgegangen werden kann, ist zweifellos; denn gewiss verletzt er nicht mehr eine Pflicht der ehelichen Gemeinschaft.

Im Falle des § 1361 besteht noch eine Ehegemeinschaft, und zudem braucht diese Gemeinschaft durchaus nicht in schlechtem

Zustande sich zu befinden. Denn schon bei jedem Getrenntleben der Gatten, wo die Folgepflicht nur wegen Missbrauchs zessiert, tritt ja der Fall der Rentenzahlung ein. Aber trotz des Bestehens der Ehe ist eine Klage auf Unterhalt nach § 1361 BGB. keine Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens; denn der Gatte, der diese, gleichfalls aus dem Bestehen der Ehe entspringende Pflicht der Rentenzahlung verletzt, verletzt zwar auch eine Pflicht der Ehegemeinschaft, aber es handelt sich bei Erfüllung dieser Pflicht nicht um eine Herstellung dieser Gemeinschaft. Damit, dass er in dieser Form Unterhalt verlangt, verlangen muss, weil der andere verlangen darf, weil er z. B. scheidungsberechtigt ist, damit erkennt der Kläger an, dass er die Trennung will und dass nicht Herstellung des ehelichen Lebens sein Begehren ist, sondern reine Verhaltung ohne Lebensgemeinschaft. Hier ist die eheliche Gemeinschaft von den Gatten kraft gesetzlicher Ermächtigung aufgehoben, also kommt hier auch nicht das für die Gemeinschaft bereitgestellte Rechtsverwirklichungsmittel in Anwendung. Danach ist für den Fall der Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs nach § 1361 die gewöhnliche Leistungsklage anzustrengen. Urteile können im Wege der Zwangsvollstreckung verwirklicht werden.

Die Frage ist demnach entgegen der herrschenden Lehre zu beantworten, die annimmt, dass in keinem Falle, auch nicht in dem des § 1360, eine Herstellungsklage Platz greifen könne. Der hauptsächliche Grund der Gegner der Herstellungsklage ist der, dass die Unterhaltsverpflichtung nur auf dem Gebiet des Vermögensrechts in die Erscheinung trete und ihr Gegenstand nur eine vermögensrechtliche Leistung sei. So auch Scheppler, a. a. O. S. 40. Das ist aber durchaus nicht richtig. Der Normalfall der Unterhaltsgewährung ist immer der, dass der Gatte den andern in der durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen Weise unterhält (§ 1360). Wenn nun auch die heutigen Lebensverhältnisse es bedingen, dass die Unterhaltsbedürfnisse fast ausschliesslich durch Geld beschafft werden müssen, so ist doch darum die Unterhaltspflicht noch keine vermögensrechtliche Pflicht geworden. Sie bleibt nach wie vor ein Ausfluss der Ehepflicht der Beistandleistung und Unterstützung in allen Dingen. Ein vermögensrechtlicher Charakter tritt bei ihr überhaupt erst dann zutage, wenn die Gatten keine Gemeinschaft mehr wollen; aber auch dann entspringt sie aus dem persönlichen Verhältnis der Gatten.

Im Falle des § 1361 muss jedoch die gewöhnliche Leistungsklage eintreten; das ergibt sich schon aus der Bestimmung des § 708 Ziff. 6 ZPO., wonach Urteile, welche die Zahlung von Alimenten aussprechen, von Amts wegen für vorläufig vollstreckbar zu erklären sind. Da aber Urteile in Ehesachen nach § 706 Abs. 2 ZPO. von der vorläufigen Vollstreckbarkeit ausdrücklich ausgeschlossen sind, so kann ein Urteil aus § 1361 nicht zu den Ehesachen gehören.

Eine Klage aus § 1360 gehört jedoch zu den Ehesachen. Nach § 612 Abs. 1 Halbs. 1 ZPO. ist also ein Gatte, der sonst geschäftsbeschränkt ist, für eine Klage aus § 1360 voll prozessfähig. Und das ist billig: denn hier tritt der höchstpersönliche Charakter der Unterhaltspflicht zutage, hier wird eheliche Lebensgemeinschaft verlangt. Wollte man die Möglichkeit der Herstellungsklage für § 1360 leugnen, so müsste hier der gesetzliche Vertreter Klage erheben, was in Hinsicht auf das Klagebegehren ein Unding wäre.

Ist der Ehegatte geschäftsunfähig, so kann sein gesetzlicher Vertreter eine Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens nicht erheben (§ 612 Abs. 2 Satz 2 ZPO.); er kann aus § 1360 den andern Gatten nicht belangen[97]). Verweigert also ein Gatte dem geisteskranken anderen Gatten Unterhalt in der ehelichen Gemeinschaft, so kann hieraus keine Klage erhoben werden. Der Verweigernde macht aber den andern scheidungsberechtigt, und damit kann der gesetzliche Vertreter desselben aus § 1361 klagen oder nach eingeholter Ermächtigung des Vormundschaftsgerichts Scheidung einleiten[98]) und die Unterhaltspflicht des Geschiedenen geltend machen.

97) Es ist dadurch dem geisteskranken Ehegatten auch der Scheidungsgrund der quasi desertio verschlossen, da weder er noch sein gesetzlicher Vertreter die hiefür notwendige Herstellungsklage erheben kann.

98) Nach § 1568 BGB.

III. Kapitel.

§ 14.

Der Zwang im Herstellungsrecht.

I. Nach geltendem Recht [99]) kann die Verurteilung auf Grund einer Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens mit Zwangsmitteln nicht verwirklicht werden (§ 888 Abs. 2 ZPO.). Gerade hier prägt sich der Einfluss, den das neue Recht dem Sittengesetz auf die Gestaltung der personenrechtlichen Beziehungen unter den Gatten einräumt, in schärfster Weise aus. Die Moral kennt keine Erzwingbarkeit ihrer Pflichten. Sie verlangt Gehorsam vom freien sittlichen Empfinden und würde mit sich selbst in Widerspruch treten, wollte sie dies Empfinden in die Fesseln des Zwanges schlagen.

Kein Gatte kann also heute den andern durch Geldstrafe und Haft zur Rückkehr oder zur Aufnahme in die eheliche Wohnung anhalten [100]) [101]). Unbegreiflicherweise ist von einzelnen Schriftstellern die Meinung vertreten worden, das Landesrecht könne Bestimmungen treffen, dass polizeiliche Massregeln zur Erzwingung des ehelichen Zusammenlebens zulässig sein sollen. So Th. Engelmann im Staudingerschen Kommentar § 1353, Matthiass im Lehrbuch, Bd. II, S. 250; Opet bei Biermann, § 1353, 3. In der Tat haben die §§ 208 der mecklenburg-schwerinschen Verordnung vom 9. April 1899 zur Ausführung des BGB. und 206 der mecklenburg-strelitzschen Verordnung vom 9. April 1897 zur Ausführung des BGB. ausdrücklich ausgesprochen, polizeiliche Zwangsmassregeln seien unzulässig.

Diese Ansicht wird von der herrschenden Meinung mit Recht als verfehlt und rückschrittlich abgelehnt. So Planck, § 1353, 5; Dernburg, § 3, Anm. 9; Meisner, S. 59, Anm. 1; Crome, S. 159 [102]). Unsere Rechtsordnung steht auf dem Standpunkte,

99) Abweichend einzelne bestimmte Rechte, z. B. Code civil.

100) Hollweck, Zivilehrecht des BGB., Mainz 1900, S. 162 behauptet zwar ausnahmsweise Vollstreckungsmöglichkeit, ohne jedoch solche Ausnahmsfälle anzuführen.

101) Unzulässig demnach eine Entscheidung dahin, dass dem einen Gatten bei Vermeidung einer fiskalischen Strafe aufgegeben wird, dem andern das Betreten der Ehewohnung und das Verweilen in derselben zu gestatten (JW. 1901, S. 781).

102) Vgl. auch Hörle a. a. O. S. 173.

dass nicht, was das Reichsrecht ausschliesst, auf andere Weise von den Landesgesetzen wieder eingeführt werden darf. Das Verbot zivilprozessualen Zwanges schliesst selbstverständlich polizeilichen Zwang der Landesgesetze aus, da nach geltendem Rechte überhaupt jeder Zwang auf diesem Gebiete unzulässig ist. Ein Landesrecht, wonach diese wichtige bürgerliche Rechtsstreitigkeit der vollstreckbaren Entscheidung der Polizeibehörden überwiesen wäre, besteht auch nicht, denn es widerspräche dem Reichsrecht. Bestimmungen wie die der mecklenburgischen Ausführungsgesetze sind daher überflüssig und verwirrend.

II. Und doch fehlt der jeder Norm innewohnende Zwang auch dem Herstellungsrecht nicht ganz, er ist nur der besonderen Stellung dieser Vorschriften entsprechend von eigener Art. Wenn auch eine direkte Erzwingung der Herstellung und der Befolgung einer Verurteilung nicht möglich ist, so steht doch im Hintergrund jedes Herstellungsurteils die Möglichkeit der Scheidung. Und das ist für das Herstellungsrecht nach modernem Empfinden die einzig mögliche Art der Pression; zur Herstellung ehelichen Lebens mit Zwangsmitteln anzuhalten, widerstrebt heutiger Anschauung; dem Ungehorsamen aber kundgeben, dass er eine Rechtspflicht der Ehegemeinschaft verletzt, deren fernere Verletzung die Scheidung seiner Ehe herbeiführen wird, ihm vorzustellen, dass er durch seine Weigerung sich der Ehegemeinschaft unwert macht und dem anderen Gatten eine Fortsetzung einer solchen Gemeinschaft nicht zumuten kann, ist möglich. Und die nahe Möglichkeit der Scheidung wird in häufigen Fällen zum Gehorsam führen; sehr oft wird der beklagte Ehegatte sein hartnäckiges Weigern aufgeben, weil eine Scheidung doch nicht in seiner Absicht liegt, weil er es soweit doch nicht kommen lassen will.

Zu solchen Erwägungen wird man dann besonders kommen, wenn man, wie hier ausgeführt worden ist, der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens die nötigen Schranken setzt, wenn man eine Verurteilung nur dann erfolgen lässt, wenn nach Ansicht des Richters Rechtspflichten der Ehegemeinschaft vom Beklagten verletzt werden, wenn der Richter sich sagen muss, er müsste eine Ehe scheiden, die durch das Verhalten des Beklagten zerrüttet worden ist oder zerrüttet werden wird. Eine solche Verurteilung schafft unbedingt einen Scheidungsgrund und stellt damit den andern Gatten vor die Wahl, zu gehorchen oder auf die Ehe zu verzichten.

§ 15.

Die Bedeutung der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens.

I. Schon die Einführung der Herstellungsklage ins geltende Recht ist nicht ohne Widerstand und nicht ohne dass erhebliche Bedenken gegen sie geltend gemacht worden wären, vor sich gegangen (vgl. oben § 2 a. E.). Auch heute noch hat sie viele Gegner, und es ist vor allem Dernburg[103]), der bei jeder Gelegenheit zeigt, wie wenig er von der Zweckmässigkeit dieses Rechtsbehelfs hält. Nach ihm sind Zulassung einer Klage und ihre Nichtvollstreckbarkeit schwer vereinbare Dissonanzen. Man täuscht sich, meint er, wenn man an den moralischen Druck glaubt, den eine Verurteilung auf den verurteilten Gatten ausübt. Meist könne eine Herstellungsklage, die intime eheliche Verhältnisse in die Aussenwelt der Gerichte zerrt und selbstverständlich in der Regel zu langwierigen Streitigkeiten und schweren Kosten nötigt, den ehelichen Hader nur anfachen und die Gatten erbittern[104]).

Er weist auch darauf hin, dass die Nullifizierung der Herstellungsklage durch die Zivilprozessordnung von grösster Bedeutung sei für die Würdigung der praktischen Bedeutung der einzelnen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs. So könne z. B. der Mann gemäss § 1358 BGB. durch kein rechtlich wirksames Mittel die Frau hindern, sich zu persönlichen Dienstleistungen Dritten gegenüber zu verpflichten. Auch bei den speziellen Bestimmungen der §§ 1354, 1357, 1358 weist er darauf hin, wie unzweckmässig, wertlos, ja geradezu lächerlich die Anstellung einer Herstellungsklage sein werde.

Auch von anderer Seite werden solche Vorwürfe gegen die Zulassung einer Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens erhoben. So meint Wieruszowski[105]), dass eine auf die §§ 1354, 1356 gestützte Klage kaum mehr als ein theoretischer Versuch wäre, die Bestimmungen selbst leges imperfectae seien, die allein durch das Schwergewicht des Gesetzesbefehls wirken sollen. Eichhorn[106])

103) Dernburg, Familienrecht, S. 9.

104) Crome S. 160, 17 meint hiezu: Da die Klage regelmässig nur zugelassen ist, wenn die eheliche Gemeinschaft bereits aufgehoben ist, so ist in dieser Beziehung nichts mehr zu verderben.

105) § 3 des Handbuchs.

106) Bl. f. RA. 71, S. 302.

nimmt an, der moralische Druck, der auf die Gatten ausgeübt werden solle, bestehe in Wirklichkeit nur in der Phantasie des Gesetzgebers; die Klage selbst sei ohne jede praktische Bedeutung, höchstens als Vorbereitung der Scheidung. Er sieht sogar in der Zulassung der Herstellungsklage eine recht bedenkliche Neuerung, die, so gut sie auch motiviert worden sei, bei einer Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs reformiert werden müsse. Wulfert[107]) tadelt insbesondere, dass die Herstellungsklage auch bei verhältnismässig geringfügigen Störungen der ehelichen Lebensgemeinschaft, z. B. bei Weigerung der Namensführung oder über den Umfang, in dem die Frau im Geschäfte des Mannes tätig sein soll, zugelassen ist, und nach seiner Ansicht hätte der Gesetzgeber den umständlichen und kostspieligen Apparat der Herstellungsklage nur für die Fälle vorschreiben sollen, in denen das Urteil als Grundlage für eine künftige Scheidungsklage in Betracht kommen könne, also für die eigentlichen Klagen auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft. Jacobi endlich weist darauf hin, dass man gerade eine Verlöbnisklage deshalb für unstatthaft erachtet habe, weil das Urteil doch nicht erzwingbar und es des Rechts nicht würdig sei, Klage und Urteil zuzulassen, deren Vollstreckung versagt werden muss.

Andere Schriftsteller sprechen sich zweifelnd aus. Crome (a. a. O. S. 230) meint: Ob es zweckmässig ist, von dieser Klage ausser in den äussersten Notfällen Gebrauch zu machen, ist eine andere Frage. Schmidt (a. a. O. S. 147) weist darauf hin, es müsse sich jedenfalls der Kläger vorher überlegen, ob er von dem moralischen Druck einer Verurteilung einen Erfolg erhoffen könne oder nicht.

Man sieht: es sind hauptsächlich zwei Punkte, welche die Gegner der Herstellungsklage an ihr auszusetzen haben. Einmal ihre Unzweckmässigkeit und Erfolglosigkeit wegen mangelnder Vollstreckbarkeit, andererseits ihre Schrankenlosigkeit.

II. Aus der verschiedenartigen Behandlung der an sich verwandten Gebiete des Verlöbnis- und Herstellungsrechts einen Tadel in der Richtung abzuleiten, dass dort der Gesetzgeber wegen der Unmöglichkeit einer zwangsweisen Durchführung des Urteils auch keine Klage zugelassen habe, hier jedoch trotz der ähnlichen Verhältnisse das entgegengesetzte Verfahren eingeschlagen habe,

107) SächsArch. 10, S. 13.

ist nicht gerechtfertigt. Im Verlöbnisrecht wie im Herstellungsrecht ist zwar aus demselben Grunde Zwangsvollstreckung ausgeschlossen, weil überhaupt auf diesen Gebieten modernem Rechtsempfinden entsprechend jeder Zwang für unsittlich erachtet wird. Jedoch — eine Klage auf Eingehung der Ehe anzuerkennen, hätte lediglich keinen Wert: denn was sollte mit ihr erreicht werden? Etwa ein moralischer Druck, das Eheversprechen einzulösen? Abgesehen davon, dass ein solcher hier noch weniger besteht als im Herstellungsrecht, wo die Parteien doch als Ehegatten rechtlich und moralisch zu dem in der Klage begehrten Verhalten verflichtet sind, liegt es auch viel weniger im Interesse des Staates, dass ein Verlöbnis zur Ehe führt, als dass eine bestehende Ehe aufrechterhalten wird. Es ist vielmehr die höchstpersönliche Angelegenheit des einzelnen, ob er ein Eheversprechen einlösen will oder nicht; aber dass ein Ehegatte seinen durch Eingehung des Rechtsverhältnisses der staatlich geordneten Ehe übernommenen Pflichten nachkommt, daran hat die Rechtsordnung ein erhebliches Interesse. Ergeben sich zwischen den Verlobten unheilbare Differenzen, so ist es ihnen möglich und für sie besser, das Verlöbnis aufzuheben. Es bleibt ihnen ja unbenommen, das vermögensrechtliche Interesse, das sie an der Eingehung der Ehe haben, auf Grund der §§ 1298 ff. BGB. im Klagewege geltend zu machen.

Anders verhält es sich bei Ehegatten. Ihr gegenseitiges Verhältnis ist nur beim Vorliegen bestimmter erschwerter Voraussetzungen lösbar, und solange diese nicht vorliegen, sind sie gezwungen, die Ehe und die eheliche Gemeinschaft aufrechtzuerhalten. Gerade die Festigkeit des ehelichen Bandes und das Interesse des Staates an der Aufrechterhaltung derselben macht es nötig, dass bei auftretenden Streitigkeiten den Gatten die Möglichkeit gegeben ist, ihren Streit vor einen unparteiischen Beurteiler zu bringen. Da sie bei unüberwindlichen Differenzen nicht einfach auseinandergehen können wie die Verlobten, müssen sie einen Rechtsbehelf haben, vor einer autoritativen richterlichen Behörde ihre Streitigkeiten untersuchen und aufklären zu lassen, von wem von ihnen die Ehegemeinschaft verletzt wird.

Und dass hiezu ein selbständiges Prozessverfahren nötig ist und solche Streitigkeiten nicht erst, wie das Allgemeine Landrecht II, 1, §§ 679, 680, 684—686 bestimmte, gelegentlich des Scheidungsverfahrens erörtert werden dürfen, ist bei der Wichtigkeit dieses Rechtsstreits durchaus anzuerkennen, ebenso aber auch,

dass die Parteien damit nicht vor den Vormundschaftsrichter gewiesen werden dürfen. Das ordentliche kontradiktorische Prozessverfahren vor dem Landgericht bietet die bestmöglichen Garantien für eine sachgemässe Entscheidung einer derartigen Rechtsstreitigkeit.

Die Notwendigkeit der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens darf also nicht deshalb, weil sie unvollstreckbar ist, in Abrede gezogen werden; denn sie ist auch ohne Vollstreckbarkeit von Bedeutung. Wenn man auch den moralischen Druck einer Verurteilung nicht allzu hoch anschlagen sollte — Ehen, die vor Gericht kommen, sind nicht selten unheilbar zerrüttet und um so schwerer wiederherzustellen, auf je höherer Bildungsstufe und von je feinerem Empfindungsleben die Gatten sind —, so gibt doch immerhin das Verfahren die Gelegenheit, dass die Gatten einem unparteiischen Beurteiler ihren Streitfall vortragen können. Wie bei jedem Streit das Urteil eines Dritten um so mehr von Einfluss auf die Streitenden ist und zu ihrer Beruhigung dient, je mehr Autorität dieser bei ihnen geniesst, so wird auch hier der Spruch des Gerichts in vielen Fällen durch die objektive Darlegung der Urteilsgründe Beachtung finden.

Und auch der Urteilsbefehl wird seine Wirkung nicht verfehlen, denn er wird den Verurteilten vor den Scheideweg stellen, entweder von seinem Verhalten abzulassen oder die Scheidung als schuldiger Teil zu gewärtigen.

Dass eine Rechtsnorm allein durch das Schwergewicht des Gesetzesbefehls wirken werde, ist schon deshalb nicht anzunehmen, weil meist der Gesetzesbefehl den Parteien nicht bekannt ist. Wenn aber die Anwendbarkeit des Gesetzes auf den konkreten Fall durch Richterspruch den Parteien bestätigt wird, so ist hierdurch am ehesten noch eine Befolgung der Gesetzesvorschrift garantiert. Und diese Aufgabe kann die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens gerade dann erfüllen, wenn das Urteil feststellen muss, dass entweder ein Scheidungsgrund schon vorliegt oder doch entstehen wird.

Dass die Herstellungsklage trotz ihrer Unvollstreckbarkeit überaus häufig in der Praxis angewendet wird, zeigt eine bei Sauer, Deutsches Eheschliessungs- und Ehescheidungsrecht, § 63 a. E., angeführte Statistik über das Vorkommen der Rechtsbehelfe in Ehesachen. Daraus geht hervor, dass die Zahl der Herstellungsklagen allein in Preussen im Jahre 1900 1506, im Jahre 1906

1526 betrug[108]). Diese Zahlen schon zeigen, dass heute die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens von weittragender Bedeutung und schlechterdings unentbehrlich ist.

Hochbedeutsam ist sie, was von keinem Schriftsteller in Abrede gezogen wird, als „Scheidungsetappe", von Gesetzes wegen beim Scheidungsgrund der Quasidesertion, sonst überall da, wo ein Gatte dem Herstellungsurteil hartnäckig keine Folge leistet. Hat das Gericht einmal ausgesprochen, ein Gatte sei verpflichtet, dem Herstellungsbegehren des Klägers nach irgendeiner Richtung hin Folge zu geben, da er eine Rechtspflicht der Ehegemeinschaft mit seinem Verhalten verletze, und setzt der Beklagte trotz dieses Urteils sein Verhalten fort, dann wird sich das Gericht auch bereitfinden, den Kläger von dieser zerstörten Ehe zu befreien.

Durchaus gerechtfertigt scheint jedoch der weitere Vorwurf, der von den Gegnern der Herstellungsklage erhoben wird: der ihrer Unbeschränktheit. Während das gemeine Recht eine Herstellungsklage überhaupt nur auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft kannte, sind ihr im modernen Recht weder materiellrechtlich noch prozessrechtlich vom Gesetze selbst Schranken gesetzt worden. Und diese Schrankenlosigkeit der Herstellungsklage ist in der Tat unhaltbar, das ist schon von Wulfert (a. a. O. S. 13), insbesondere von Dernburg (vgl. oben § 8) und von Endemann (a. a. O. S. 290 ff.) ausgedrückt worden. Dass der Klage Schranken gezogen werden müssen und können, hat die vorliegende Arbeit aufzuzeigen versucht. Eine Beschränkung der Klage ist dringend nötig um ihrer eigenen juristischen Bedeutung willen. Grundsatz ist: Nur ernste und wichtige eheliche Angelegenheiten dürfen mit ihr verfolgt werden: so entspricht es der Würde von Recht und Richter. Zugleich aber wird der so beschränkten Klage der Vorwurf erspart bleiben, sie erweitere das Scheidungsrecht, da überall dem ungehorsamen Gatten angedroht werde, hartnäckige Weigerung der Befolgung des Urteilsbefehls werde zur Scheidung führen. Denn der Urteilsbefehl wird nach den aufgestellten Grundsätzen nur solche Anordnungen enthalten, oder es wird überhaupt nur dann ein Urteilsbefehl ergehen, wenn nach richterlichem Ermessen in der Tat die Scheidung der Ehe im Hintergrund steht.

108) Hievon wären allerdings die Fälle in Abzug zu bringen, in denen die Klage notwendige Vorbereitung der Scheidungsklage des § 1567 Ziff. 1 ist.